002

7.6.72

7 B6.72

Digitized by Google

Digitized by Google

DU RÉGIME

CONSTITUTIONNEL.

Digitized by Google

« La Charte sera désormais une vérité. »
(*Proclamation du duc d'Orléans, du* 31 *juillet* 1830.)

IMPRIMERIE DE G. STAPLEAUX.

Digitized by Google

DU RÉGIME
CONSTITUTIONNEL

DANS SES RAPPORTS

AVEC L'ÉTAT ACTUEL DE LA SCIENCE SOCIALE ET POLITIQUE

PAR

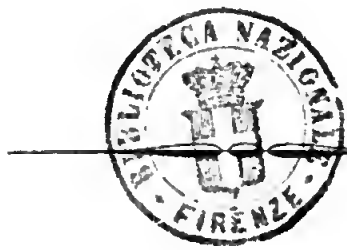
C.-G. HELLO,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, ANCIEN PROCUREUR GÉNÉRAL
A LA COUR ROYALE DE RENNES.

—

TROISIÈME ÉDITION,

ENTIÈREMENT REFONDUE.



BRUXELLES.

MELINE, CANS ET Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS.

LIVOURNE. MÊME MAISON. | LEIPZIG. J. P. MELINE.

1849

Digitized by Google

AVANT-PROPOS.

Le régime constitutionnel a deux périodes bien distinctes : elles ont de commun d'être toutes deux militantes; mais elles ne le sont pas de la même manière.

La première a été un long combat livré pour le conquérir; il a fallu l'arracher laborieusement, pièce à pièce, à la violence et à la fraude; nous voici en possession.

Dans la seconde, où nous n'avons encore fait que nos premiers pas, la France étudie sa conquête, et se demande si elle vaut ce qu'elle a coûté. Elle fait son compte, en mettant d'une part les espérances que donnait cette terre promise, et de l'autre les fruits qu'elle porte. La première période exigeait plus d'enthousiasme et d'abnégation de soi-même; la seconde veut plus de patience, et demande surtout

de la sincérité. C'est la reconnaissance après la conquête : épreuve moins agitée et non moins difficile; moment redoutable pour un grand peuple, où il compte avec sa révolution, et où, en comparant les effets aux promesses, il risque de découvrir qu'il a traversé un abîme pour embrasser une ombre.

Le roi Louis-Philippe a inauguré la seconde période par un mot auquel toute la France a tressailli : « La Charte sera désormais une vérité. »

Jamais crise politique ne fut plus heureusement résumée. Pour deviner avec cet instinct du cœur le secret de notre malaise et son remède, il ne fallait rien moins qu'un prince né de la Charte et pour la Charte, et c'est le singulier bonheur de notre révolution de 1830. Nous prenons ce mot comme la mesure même des améliorations qu'il annonce. Rechercher la vérité dont il est le précurseur, et qui nous manquait, puisqu'il en fait la promesse, c'est seconder dans sa tâche l'ère qu'il a ouverte, et l'aider à justifier la devise qu'elle en a reçue. Mais l'œuvre entreprise dans cette pensée se place par cela même sous ses auspices. On ne s'initie pas aux doctrines de la monarchie constitutionnelle, sans apprendre d'elles que si la responsabilité des fautes se détourne du prince, c'est vers le prince que remontent les prières. Ce n'est point une inconséquence d'écarter le blâme de sa personne, et de la laisser accessible aux vœux des peuples; la Charte se fortifie de tout l'amour qu'elle renvoie au roi de sa création : « Le mal sera de vous, le bien sera de moi, » disait Charles Ier à Strafford, en l'envoyant en Irlande, et Strafford accepta ce partage, comme la volonté même de la loi. Aussi, dans le cours de ce travail, le premier effet que j'ai ressenti de mes études a été de reporter vers le prince toutes les espérances de l'avenir; il était natu-

rel de lui demander le bien dont le mérite lui est réservé, et il me semblait écrire une pétition sous la forme d'un livre.

Si la logique et la prudence présidaient aux événements de ce monde, les deux périodes se fussent présentées dans un ordre inverse; on eût commencé par s'assurer de la bonté du régime, avant de l'emporter de vive force. Un homme sage n'aventure pas sa fortune et sa vie pour un bien douteux ou inconnu; mais la destinée d'une nation ne se règle pas sur celle d'un individu; une nation se risque sur le seul pressentiment de la liberté politique, et la perception distincte ne lui en vient qu'après le dévouement; elle s'embarque pour la liberté, comme Colomb pour l'Amérique; heureuse de se convaincre que le dévouement n'a pas été en pure perte! Le rôle de la doctrine ne manque pas alors de grandeur; selon qu'elle constate la réalité ou la vanité du résultat, elle justifie ou condamne la révolution.

Deux éditions de cet ouvrage ont été publiées pendant la première période, dans des circonstances dont elles ont gardé l'empreinte :

L'une en 1827, sous le règne de la censure; l'annonce du livre fut interdite; un fait parut assez caractéristique pour être recueilli par M. Duvergier de Hauranne, père, dans son traité *de l'Ordre légal,* publié peu de temps après : l'annonce fut interdite sur le titre seul de l'ouvrage; l'exemplaire déposé au bureau de censure n'avait point été coupé; il devenait évident que ces simples mots *du Régime constitutionnel* avaient été proscrits;

L'autre en 1830; le coup d'État du 25 juillet était imminent, et l'on pouvait douter que la publication en fût possible; la révolution lui permit de paraître.

Digitized by Google

Il n'en est pas ainsi de la troisième, qui est bien moins une édition nouvelle qu'un nouvel ouvrage. Le régime constitutionnel demande désormais d'autres soins. A peine conquis, il a besoin qu'on le défende, et contre des utopies menaçantes, et contre des amitiés indiscrètes qui en jugent également mal les côtés faibles et les avantages, et même contre des préjugés dont le pouvoir n'est pas exempt, et dont il essaye de faire des principes. Nous avons gagné en 1830 de nous accorder sur le titre et le but du gouvernement; la discussion ne se conçoit plus que sur l'harmonie à établir entre nos institutions; la seule question est si l'œuvre de la loi répond à la pensée de la Charte; car, ce que la Charte a promis, c'est à la loi de le tenir; et, dans cette épreuve, les amis de la révolution seront les juges les plus sévères du régime constitutionnel; ils sentent mieux que personne qu'un bien immense peut seul balancer tant de maux. Cette pensée m'a donné le courage d'être difficile dans le jugement de mes affections politiques, en me faisant une vertu de la sévérité. Quant à ceux qui ne sortent pas du cercle des querelles contemporaines, si le livre ne répond pas pour moi, je n'ai rien à leur dire.

C'est en tremblant que je hasarde un ouvrage de raisonnement et de doctrine au milieu des préoccupations de notre époque; les principes sont bien froids près des passions égoïstes qui nous tourmentent, et il n'est pas facile d'intéresser l'intelligence, quand le cœur se rétrécit et se dessèche. Toutefois, comme c'est un acte de conscience que j'entends faire, je m'aperçois que la conscience donne plus de courage que l'amour-propre. Et puis, où serait l'utilité de parler au public, si l'on s'interdisait de lui rappeler ce qu'il oublie? Quel serait le moment de chercher le feu sacré sous la cendre, si ce n'était celui où il menace de

Digitized by Google

s'éteindre? Pour avoir le droit, en s'adressant à son siècle, de consulter ses besoins plus que ses penchants, il faudrait, je le sens bien, une autre autorité que la mienne; mais la première des autorités me dispense d'en avoir une qui me soit propre, celle de la vérité que je cherche.

J'aurais pu écrire dix volumes sur le sujet que j'entreprends; il eût été intarissable, si j'avais voulu remonter à la raison des choses, exposer la théorie et faire l'historique de chaque question. Mais le temps et la force m'eussent manqué; et, quand j'aurais eu tout à souhait pour l'exécution de ce plan, la réflexion m'en eût détourné. Ma prétention n'est pas de tout dire sur le régime constitutionnel, mais d'envisager nos lois sous le seul rapport de la garantie des droits de l'homme; cette garantie n'est autre chose que la vérité promise à la Charte; elle en est la définition même. Dans ce but, ma tâche est de passer nos institutions en revue, prenant chaque question au point où elle se trouve, et supposant le lecteur au courant de ce qui la précède. J'y gagne de resserrer dans un cadre étroit les diverses parties de mon sujet, et de les éclairer l'une par l'autre, en les rapprochant. Je voudrais pouvoir faire de mon livre un syllogisme.

J'aurais encore pu prendre le ton de l'enseignement, poser des axiomes, tirer des conséquences; mais je n'ai pas tardé à m'apercevoir que le temps de la méthode géométrique n'était pas venu pour le droit constitutionnel; il en eût été de cette tentative comme de celle de ce scolastique du XIIIe siècle, qui avait calqué un traité de morale sur les règles du jeu d'échecs. Tant s'en faut que la science constitutionnelle en soit à ce degré d'exactitude, que même le caractère et le nom de science ne lui sont pas unanimement reconnus. Ses éléments existent cependant; je le crois, j'en

Digitized by Google

suis sûr; mais, par une fatalité qui tient moins à elle qu'à l'état des esprits, et qui par conséquent sera passagère, elle n'a pas un principe fondamental, pour lequel elle ne soit encore réduite à combattre. On s'apercevra que ma composition en a pris un ton plus polémique que didactique; et j'avoue que je ne m'en suis pas défendu, car j'ai cru sentir en cela un avertissement de mon sujet.

Au moins me suis-je imposé, en courant les hasards de cette épreuve, une loi que je me sens la force d'observer, celle de n'y porter aucun esprit de système, et d'y rester l'homme des principes, des principes tels que je les vois. Pour me raffermir, je m'appuie sur la fonction même que je tiens du prince. La compagnie à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir était appelée par nos premières constitutions à signaler chaque année les lacunes ou les vices de nos lois, et n'avait été placée dans le voisinage du corps législatif que pour lui faire entendre sa voix de plus près. A tort ou à raison, ces référés sont tombés en désuétude. Mais M. le procureur général Dupin vient de reconnaître, dans une occasion solennelle (1), que si la démarche collective et officielle ne se fait plus, il n'en reste pas moins à chacun de nous la mission particulière d'étudier les institutions du pays, *ne fût-ce*, a-t-il dit, *qu'au point de vue de la science et de la philosophie du droit.* Je m'autorise de ces paroles. Le citoyen a sans doute assez de son droit pour dire sa pensée; mais quand l'exercice du droit devient à ses yeux une manière d'opiner comme magistrat, l'esprit judiciaire le rend plus sûr de lui-même. Cet auxiliaire à ses côtés, il lui semble qu'un bon génie l'assiste, l'inspire, le tempère. Me croira-t-on, quand je m'engage à écrire sans préoccupa-

(1) Dans le discours de rentrée du 3 novembre 1847.

tion de parti? L'impartialité, que je ne confonds pas avec l'indifférence et qui veut au contraire qu'on s'émeuve du bien et du mal, l'impartialité dans la politique semblera-t-elle chose possible? Essayons.

Digitized by Google

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

De deux choses l'une : ou le législateur s'attribue la toute-puissance sociale, ou il ne se croit qu'une puissance subordonnée. Il se placera dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, selon qu'il envisagera l'homme comme une matière inerte et passive, ou comme un être intelligent et libre. De là la division principale de toutes les constitutions politiques; vues dans leur forme, elles sont d'une variété infinie; considérées dans leur fin, elles se réduisent réellement à deux classes : celles qui se subordonnent au droit naturel, et celles qui le négligent ou qui le méconnaissent.

On peut varier même sur le droit naturel, et le voir ou dans le droit collectif de la société sur chacun de ses membres, ou dans le droit individuel de chacun de ceux-ci. L'homme étant né pour l'état social, on peut se demander si le droit collectif ne procède pas de la nature autant que le droit individuel. Entre ces deux manières de concevoir le droit, la différence est du tout au tout : d'après l'une, le principe du droit est dans

Digitized by Google

la société; d'après l'autre, dans l'individu. Si la première a la vérité pour elle, la société ne risque jamais d'abuser, quoi qu'elle exige, car elle n'exige que ce qui lui appartient; si c'est la seconde, l'abus est possible de la part de la société à l'encontre de ses membres, car elle demande un sacrifice, et toute idée de sacrifice est restrictive et se renferme dans les limites mêmes de la nécessité. Là l'allégation de l'utilité publique est péremptoire et absolue; ici l'utilité publique se discute et se mesure; elle peut s'exagérer ou même n'être qu'un prétexte.

J'insiste sur cette différence, car elle est fondamentale.

Dans les constitutions de la dernière espèce, le législateur se choisit lui-même son but; il le choisit selon sa passion ou sa philosophie, et il le poursuit à travers et malgré tous les obstacles. Il dispose des hommes comme d'un moyen; il les prend, les dompte, les façonne, les dresse : ce sont des roseaux flexibles qu'il rassemble et lie en faisceau. L'unité sociale absorbe les unités individuelles; personne n'a rien en propre, ou plutôt il n'y a dans l'État qu'une personne, l'État même; l'intérêt du prince ou de la patrie est la seule mesure du juste et de l'injuste. Le législateur s'empare de l'éducation; il crée une morale; il détruit la vie privée; chaque individu est classé sans aucun souci de sa vocation; le vol n'est pas toujours un crime; l'enfant infirme ou malsain n'a pas le droit de vivre; la plus grande partie de la population peut être destituée de l'humanité; il peut y avoir, il y a esclavage.

C'est l'inverse dans les constitutions de la première espèce : l'homme n'y est plus un moyen, mais un but; le législateur, au lieu de se l'asservir, se subordonne aux lois de sa nature; dans les attributs de l'être intelligent et libre, il voit une révélation des vues du Créateur sur la créature, et la source de ses propres devoirs. Chaque faculté innée contient pour lui le principe d'un droit : de la liberté morale il déduit la liberté politique, de l'égalité devant Dieu l'égalité devant la loi, de la faculté de locomotion le droit d'aller et de venir, de la personnalité humaine la sûreté individuelle et la propriété des biens, de l'inviolabilité de la conscience la liberté religieuse, de la nature communicative de la pensée la liberté de la presse, et de la perfectibilité

de l'espèce la perfectibilité du gouvernement. Il en conclut que Dieu ne lui a pas laissé le choix du but, puisqu'il le lui a si clairement indiqué, et que, pour lui, la seule manière de répondre aux vues de la Providence, c'est de garantir les droits de l'homme et de le maintenir libre tel qu'il est sorti des mains de Dieu. Dans la langue moderne, c'est la constitution de cette espèce que nous appelons constitution libérale.

La théorie du droit collectif, la plus savante et la plus ingénieuse, ne conduira jamais qu'au despotisme. Comment pourrait-elle conduire à la liberté? La société civile, qui est son point de départ, n'est point un être simple, élémentaire, immédiatement doué de Dieu, recélant en lui un de ces droits primitifs qui ne viennent point des hommes: c'est un être composé qui n'existe que par la réunion des individus, n'ayant de droits que ceux qu'il leur emprunte, ne leur en communiquant aucun, les recevant tous d'eux, et appartenant aux choses contingentes et relatives. Comme l'a très-bien dit M. Royer-Collard, une société éteinte n'existe que dans l'histoire; il ne reste d'elle qu'un souvenir. Prenez les hommes en masse; l'aspect d'une de ces agrégations confuses et tumultueuses ne présentera à votre esprit que l'idée d'un troupeau à conduire, d'un ordre quelconque à y établir, jamais celle d'un droit à respecter. Elle ne rappelle l'idée d'un droit que dans ses rapports avec les autres nations, parce qu'alors elle représente une personne. Le panthéisme n'est pas plus vrai en politique qu'en religion. Dans ce point de vue, le législateur est nécessairement despote, quelque forme politique qu'il adopte; et cette observation est indistinctement vraie du bien comme du mal, depuis le gouvernement le plus paternel jusqu'à l'oppression la plus grossière. Les combinaisons d'un homme de bien et de génie procurent le meilleur des despotismes, mais le meilleur des despotismes n'est pas la liberté. A cette classe de constitutions se rapportent les monarchies absolues, les anciennes républiques, les couvents du moyen âge, les utopies de tous les temps, même celles du nôtre, sans distinction de formes.

Il n'est pas sans intérêt de voir dans quel cercle se renfer-

maient à cet égard les idées politiques de l'antiquité. Périandre, tyran de Corinthe, demanda aux plus illustres personnages de la Grèce quel était le gouvernement modèle. Ils répondirent :

Solon. C'est celui où l'injure faite à un particulier affecte tous les citoyens.

Thalès. Celui où les habitants ne sont ni trop riches ni trop pauvres.

Anacharsis. Celui où la vertu est en honneur et le vice abhorré.

Pittacus. Celui où les dignités ne sont accordées qu'aux gens de bien, et jamais aux méchants.

Cléobule. Celui où les citoyens craignent plus le blâme que la loi.

Chilon. Celui où les lois sont écoutées, et non les orateurs.

Bias. Celui où la loi tient lieu du tyran.

De toutes ces réponses, la dernière, celle de Bias, se rapproche le plus de nos idées; elles ont une tendance commune vers un résultat moral, qui, en lui-même, est incontestablement un bien, mais pour lequel elles supposent chez le législateur une omnipotence dont il ne s'agit que de faire un bon usage; aussi aucune d'elles ne semble se douter qu'il y ait, dans la matière à gouverner, des droits préexistants, que la tâche du législateur est de garantir.

Le droit individuel, au contraire, fournit la seule théorie possible de la liberté, parce que seul il donne l'idée d'une loi antérieure, obligatoire et limitant le pouvoir du législateur; le mot inviolable n'a de sens qu'avec lui. C'est dans l'individu que le droit réside, là qu'il s'affranchit des combinaisons et des conventions humaines, là que le législateur puise la première de ses vertus, ce respect de l'homme, sans lequel il n'enfante que des œuvres arbitraires et intéressées. C'est une idée fausse d'établir un parallèle entre le droit collectif et le droit individuel; celui-ci est la fin, l'autre n'est que le moyen. Si la société ne peut attenter à un seul de ses membres, si l'injustice qu'elle

commet à son encontre ne cesse pas d'être une injustice, c'est que le droit n'est pas en elle.

Sans doute, encore une fois, l'homme est né pour l'état social; mais cette destination nécessaire laisse subsister la distinction des deux titres auxquels il s'y présente. Dans une des hypothèses, il s'aliène complétement au corps social; l'individu s'y perd comme la goutte d'eau dans le fleuve. Dans l'autre, il se dépouille si peu de ses droits, que, le voulût-il, il ne le pourrait pas; ils sont inaliénables, et il ne saurait mutiler en lui l'ouvrage de Dieu. L'inaliénabilité n'est pas seulement de l'individu à l'individu, mais de l'individu à la société. Les droits que la communauté absorbe en elle, l'État les protége dans le gouvernement libre, et il les protége, sans les déplacer, dans la personne à laquelle Dieu les a indissolublement unis. Ainsi l'homme reste une personne distincte de la société; il compte avec elle; il dispute sur l'étendue des sacrifices qu'elle lui demande; il lui tient tête; il trouve des juges qui lui donnent gain de cause, et dont la sentence s'exécute; il est inflexible sur la sûreté de sa personne et la propriété de ses biens; il mure sa vie; il se fait une citadelle de son domicile et s'y retranche; il règne dans sa famille, ou du moins il y exerce une véritable magistrature. On lui a découvert une vertu nouvelle, le courage civil, qui n'est que la force de résister à l'arbitraire; le caractère de Hampden était inconnu de l'antiquité.

Cette condition de l'homme est assurément la meilleure, si la meilleure n'est autre que la plus conforme à son origine et à sa destination; mais elle a des conséquences qu'il est impossible d'en séparer.

La réhabilitation de l'individu et de la vie privée a pour écueil l'égoïsme. Ce qui est à craindre, c'est que l'homme, après avoir brisé ses chaînes, ne brise ses liens sociaux; c'est qu'à force de s'affranchir, il ne s'isole; c'est que la vie privée ne réagisse contre la vie publique au point de la détruire, et que l'individu n'annule le citoyen. Non qu'il faille s'alarmer de le voir se retirer des affaires publiques, et en laisser le soin au gouvernement : je crois ce mouvement légitime, comme consé-

quence naturelle du rétablissement de la vie privée. Cicéron (1) a bien pu exhorter ses contemporains à embrasser la vie publique et à s'y appliquer étroitement; il a pu comparer la politique à la vertu qu'il faut pratiquer; il s'adressait à des hommes que la constitution de l'État déchargeait des soins de la vie privée, et exerçait sans relâche à la vie des camps et du forum. On ne saurait, sans méconnaître notre condition, nous demander une abnégation aussi complète de nous-mêmes. Mais l'excès à redouter, quant aux affaires publiques, serait qu'après avoir renoncé à y intervenir directement, on n'allât jusqu'à les écarter comme étrangères ou indifférentes; la société moderne n'a pas d'ennemi plus dangereux que cet égoïsme, si voisin de notre liberté. Ne serait-ce pas une contradiction à jamais déplorable, qu'une constitution qui se pique de réfléchir la nature humaine et de fomenter en elle le sentiment de sa dignité eût pour premier effet de la livrer aux appétits les plus grossiers de l'intérêt individuel, et que, destinée à l'ennoblir, elle ne parvînt qu'à la dépraver? Pour peu qu'il y songe, l'homme moderne se trouvera d'aussi bonnes raisons d'aimer sa patrie que celles du citoyen romain d'aimer la sienne; ses raisons même sont moralement préférables : son patriotisme est plus pur; il n'a besoin de s'alimenter ni de l'esclavage des personnes, ni de la sujétion des peuples; il ne coûte aucun sacrifice au droit naturel, et le gouvernement qu'il aime est aussi le plus digne d'être aimé, puisque sa tâche est de lui procurer la garantie organisée de ses droits. Mais, il en faut convenir, ces vérités si simples ne se sauveront pas toutes seules; elles ont besoin du secours du législateur; si le législateur ne lutte pas contre les tendances de l'intérêt individuel, la propriété dissolvante de celui-ci l'emportera; si le législateur fait plus, s'il allèche l'intérêt individuel, s'il l'excite, s'il rend les lois complices des mœurs, je ne connais ni de calamité plus grande, ni de tentateur plus coupable.

Autre conséquence de ce mode d'existence sociale : l'individu, qu'on me passe le mot, est hors de tutelle; il reste à son

(1) *De Rep.*, lib. I.

Digitized by Google

compte. L'affranchissement a ses charges, comme l'asservissement a ses bénéfices, et ce bien si précieux ne se donne pas, il s'achète. La cité, qui absorbe tout, doit pourvoir à tout; elle se charge de celui qu'elle dépouille; le maître doit à l'esclave, la communauté doit à chacun de ses membres la satisfaction de ses besoins, et l'on conçoit la réponse de Thalès à Périandre : « Le meilleur gouvernement est celui où les citoyens ne sont ni trop riches ni trop pauvres. » La définition est alors d'une justesse rigoureuse. Mais quand l'individu s'établit à part, sa destinée retombe sur lui; il ne s'appartient qu'à la condition de se suffire; ses facultés ne lui restent propres que pour le sustenter, et il ne les exerce qu'à ses risques et périls. Ainsi, les deux premières conséquences de sa liberté l'atteignent tout d'abord, la nécessité du travail et la responsabilité de ses actes. La bienfaisance publique et privée change de caractère; non pas, à Dieu ne plaise! que l'obligation de secourir la misère soit moins étroite; si mes paroles présentaient ce sens, je les effacerais comme un blasphème. Mais l'obligation ne saurait être de la même nature que sous le despotisme, auquel l'individu s'est aliéné corps et biens, j'allais dire corps et âme; elle devient plus naturelle que civile, plus religieuse que légale. L'individu à son tour perd jusqu'à un certain point le droit d'imputer au gouvernement ses fautes et ses maux : livré à lui-même dans le champ immense de la vie privée, presque toutes ses actions échappent à la discipline.

La Charte appartient à cette espèce de constitutions; c'est son mérite aux yeux des amis de la liberté, c'est son tort aux yeux des réformateurs modernes; c'est ce qui la condamne ou ce qui la sanctifie. Mais tous, amis ou ennemis, sont également obligés de reconnaître son caractère. Tout en elle respire le droit individuel; ses promesses et ses garanties ne se conçoivent que par lui. Ce n'est pas collectivement que chacun de nous est égal à chacun des autres; rien n'est plus individuel que la sûreté des personnes, laquelle en a même pris le nom de liberté individuelle; rien n'est plus individuel que la conscience, ce principe de la liberté religieuse; rien ne l'est autant que la pensée, ce principe de la liberté de la presse, et surtout que la

propriété des biens, qui est exclusive par essence, et qui devient imparfaite en devenant collective. Quand la Charte a, dans son article 9, appelé du nom de *sacrifice* l'expropriation pour cause d'utilité publique, elle a proclamé clairement le droit individuel; elle l'a proclamé même par la législation qu'elle a inspirée sur le délit de diffamation; la loi du 26 mai 1819, en permettant la preuve des faits diffamatoires contre les fonctionnaires, en la défendant contre les particuliers, a donné en quelque sorte deux vies à chacun de nous, l'une publique, l'autre privée; celle-là exposée à la censure, celle-ci cachée, impénétrable, ceinte d'un triple rempart, et tellement inviolable, que la vérité même qui vient la troubler n'est qu'une médisance indigne d'être écoutée et ne se distingue plus de la calomnie. Voilà le trait caractéristique du régime constitutionnel.

La Charte, conséquente à cette pensée fondamentale, débute par le *droit public des Français*, titre sous lequel elle énumère les droits de l'homme, puisés au fond de son être moral, comme on inscrit la dédicace sur le frontispice du temple; son premier geste est de montrer la fin à laquelle se rapportera tout ce qui va suivre. Elle relègue au second rang les *formes du gouvernement du roi*, comme le moyen d'institution humaine, dont la bonté ne s'apprécie que relativement à la fin absolue qu'elle se propose.

Dans quel but nos droits sont-ils écrits dans la Charte? Est-ce pour les créer? Mais les droits de l'homme ne viennent pas de l'homme; s'il ne les tenait que de lui-même, ils ne seraient plus des droits naturels. Est-ce seulement pour les déclarer? Mais ils étaient reconnus avant elle, depuis que le genre humain a une conscience. Si c'était là son but définitif, elle ne nous apporterait rien de neuf; une charte ne se fait ni pour dogmatiser ni pour formuler un enseignement. La promulgation des droits de l'homme par le pouvoir constituant a une tout autre portée : elle les transporte de l'ordre légitime dans l'ordre légal; elle fait d'une maxime une loi : transition qui nous conduit à la garantie politique. L'idée de garantie ne peut naître que du droit individuel; elle est incompatible avec

le droit collectif; la communauté, réunissant en elle tous les pouvoirs et tous les droits, n'a rien à garantir. C'est à M. Royer-Collard que revient l'honneur d'avoir signalé le premier cette conversion de la vérité philosophique en un droit positif : « Il s'agit de savoir, disait-il sur la loi de recrutement de 1818, si le principe fondamental de l'égalité civile est destiné à sommeiller dans la *Déclaration des droits publics des Français*, ou s'il en sortira nos institutions et nos lois; en d'autres termes, s'il restera stérile, ou si, comme l'a dit un orateur, il portera ses fruits... Ce principe n'est pas nouveau parmi nous; il n'est pas une conquête. L'ancienne monarchie le professait (1), comme la Charte le déclare, et cela seul vous avertit qu'il ne suffit pas qu'un principe soit reconnu pour être efficace... Ici se révèle aux yeux les moins attentifs la différence de la monarchie constitutionnelle à la monarchie absolue. Elles ont l'une et l'autre ou elles peuvent avoir les mêmes principes; la différence n'est pas là; mais le principe, qui dans la monarchie absolue n'est qu'une maxime, prend un autre caractère dans la monarchie constitutionnelle; dès qu'il est reconnu, il crée des droits en faveur des sujets. Ces droits vivent dans les lois qui les définissent, et acquièrent, comme tous les droits, la garantie de la responsabilité. Ainsi, dans notre monarchie devenue constitutionnelle, l'égale admission aux emplois civils et militaires, d'une maxime qu'elle était, est devenue un droit. Elle est placée à ce titre dans la *Déclaration des droits publics des Français*. Si elle est un droit, elle a nécessairement des effets : qu'est-ce qu'un droit qui pourrait n'en avoir aucun? Ces effets sont l'objet de la loi; les en repousser, ce serait effacer le droit; ce serait au moins le reléguer dans la morale. »

Toutefois il y aurait de l'ingratitude à le méconnaître : si le droit constitutionnel est un progrès sur la vérité philosophique, c'est par la vérité philosophique qu'il a commencé; il n'a revêtu sa nouvelle forme qu'après avoir longtemps vécu sous l'ancienne, comme dans un état nécessaire d'attente et d'initiation.

(1) Je crains qu'il n'y ait ici une erreur : l'ancienne monarchie ne professait pas le principe de l'égalité civile; nous verrons cela plus tard. Il n'était encore que dans la philosophie.

Digitized by Google

Suivez, depuis Socrate, la longue trace que les philosophes ont laissée derrière eux, et qu'ils ont quelquefois teinte de leur sang, vous les verrez occupés du travail préparatoire de la période constitutionnelle. Ces confesseurs et ces martyrs de la liberté humaine, qu'a dévorés la lutte de la raison contre l'autorité, reconnaîtraient dans la Charte le triomphe de la cause pour laquelle ils ont souffert. Leurs pressentiments sont devenus des réalités, et leurs crimes des faits glorieux. Descartes surtout, dont la brillante synthèse a pour fondement la conscience de l'individu, Descartes se complairait dans nos formules constitutionnelles, pour en conclure, non pas que dans l'ordre intellectuel la raison individuelle se suffit toujours à elle-même, mais que dans l'ordre du droit aucune autorité ne peut s'imposer à elle, ni se passer de son acquiescement. Platon même y verrait l'accomplissement de son vœu le plus cher, avec une amélioration qu'il ne soupçonnait pas. Quand il souhaitait que la philosophie gouvernât le monde, ce qui pouvait paraître une utopie au sein de ses utopies mêmes, il ne la concevait que dans la personne des princes, au lieu qu'aujourd'hui elle s'incorpore à l'institution. Ce n'est pas une induction, c'est un fait : la Charte n'est en réalité que la philosophie devenue loi.

La perfection du droit est d'avoir une sanction; à l'état de morale pure, il existe sans doute, mais incomplétement. Les sociétés humaines nous le montrent sous trois rapports différents, d'homme à homme, de peuple à gouvernement, de nation à nation. Dans les pays policés, où des tribunaux administrent la justice civile et criminelle, il a des textes qui le manifestent, des juges qui l'appliquent, une puissance qui lui prête main-forte; il est dans sa perfection. De nation à nation, de souverain à souverain, il existe encore, car il n'est absent nulle part; mais il n'a ni texte qui le promulgue, ni juge qui le déclare, et il n'a d'issue que dans la guerre. Alors se présente cette contradiction dont la raison se révolte, le droit se résolvant par la force. C'est une imperfection, c'est celle du droit des gens. C'est aussi celle du droit public intérieur sous les gouvernements absolus; dans leurs rapports avec le peuple, ils n'ont ni texte obligatoire, ni juge commun; alors peut-être l'imperfec-

tion est plus grande dans le droit public intérieur que dans le droit des gens; car ici du moins, entre deux souverainetés qui se reconnaissent, les affaires se traitent sur le pied d'une sorte d'égalité de droit, au lieu que, de prince absolu à nation, le droit tout entier est revendiqué d'une part, et nié de l'autre. Aussi la guerre civile est-elle pire que la guerre étrangère; la chance d'une solution rationnelle y est moindre. Les gouvernements constitutionnels diminuent cette imperfection du droit public intérieur; le droit y a un texte; ce texte, chez nous, est la Charte. Le progrès est évident : toute notion du juste que l'on parvient à fixer dans un acte est une conquête sur l'arbitraire. C'est beaucoup, c'est presque tout, que le peuple puisse réclamer ses droits, titre en main; car c'est au peuple que la Charte sert de titre, et c'est contre le pouvoir que ce titre lui est remis. Le pouvoir est ici la partie suspecte qu'il faut contenir; le peuple, la partie faible qu'il faut protéger. La morale constitutionnellement appliquée au législateur, celui qui oblige les autres obligé lui-même, un degré de plus se découvrant dans l'échelle du droit, et s'y découvrant au sommet; voilà sans doute une nouveauté qui a besoin de réflexion pour être comprise : les habitudes de notre esprit sont contrariées par l'idée d'une puissance supérieure à ce que nous regardions comme la plus haute expression de la puissance. Mais tel est, qu'on y prenne garde, le vrai caractère de la Charte. C'est donc beaucoup que les droits de l'homme soient écrits; mais ce n'est pas tout : s'il y a un texte, il manque un juge ayant l'empire sur les deux parties. Quand elles ont le malheur de ne pas s'entendre sur le titre, l'esprit cherche avec inquiétude un dénoûment régulier à la difficulté, et ne trouve de réponse que dans la révolution de 1830, comme si les voies de fait étaient le terme nécessaire de toutes les disputes humaines; car la révolution de 1830 semble n'avoir eu qu'à décider lequel du prince ou des chambres avait le dernier mot sur les grands intérêts du pays, et l'on n'est sorti de la question que par un combat. C'est une imperfection sans doute, et nous ajoutons à regret une imperfection peut-être irremédiable. Nous verrons plus tard qu'elle n'a de palliatif possible que dans la doctrine bien comprise du pouvoir

Digitized by Google

constituant, assis lui-même sur le droit naturel. Si cette doctrine était méconnue, la supériorité réelle de notre régime sur l'ancien redeviendrait problématique.

Une déclaration des droits de l'homme, en tête d'une constitution, est donc à sa véritable place. Nous ne sommes pas de ceux qui regrettent qu'on n'ait pas mis en regard une énumération de ses devoirs; la déclaration des droits est de la loi, l'enseignement des devoirs est de la doctrine. La corrélation est intime entre les uns et les autres, et leur parfait équilibre est une nécessité morale et sociale. Mais le droit est le premier en date, car son type est dans l'individu; et comme l'individu a la vie sociale pour destination, l'idée de devoir se présente la seconde, comme conséquence de celle du droit, le devoir n'étant que le respect du droit d'autrui. L'esprit ne peut s'affecter également de ces deux rapports dans toutes les positions du citoyen; celui que tout autorise à s'occuper d'abord de lui ne sent que son droit; il est bon de lui rappeler son devoir; celui que tout détache de lui-même n'a que la notion du devoir; il est juste de lui rappeler son droit. Socrate mettait toute la morale dans les devoirs, parce que l'ancien monde n'apercevait que les obligations du citoyen, et, longtemps après, mais par la même raison, le mot de *devoirs* est venu se placer à la tête du beau livre de Cicéron sur la morale. Mais dans le monde moderne, la situation de l'homme est double, et ses rapports sont complexes; il n'est pas facile de décider d'une manière absolue laquelle est la meilleure pour lui, de l'idée du devoir ou de celle du droit, et de laquelle il est le plus sage de renouveler l'impression sur son esprit : nous sommes autres dans la vie privée, autres dans la vie politique. Dans la vie privée, chacun de nous se sent fort, parce que, à tout prendre, d'homme à homme nous jouissons depuis longtemps de la liberté civile : le danger est que ce sentiment ne s'exagère, et c'est de nos devoirs qu'il est utile de nous parler. Mais est-ce un paradoxe d'avancer qu'il en est autrement dans la vie publique, et dans les rapports du citoyen avec le pouvoir? Le citoyen que ne couvre pas la protection constitutionnelle n'en sent aucune entre le pouvoir et lui; c'est de son côté qu'il y a faiblesse. Une récapitulation impar-

Digitized by Google

tiale de l'histoire donne pour conclusion qu'il a plus d'occasions de revendiquer ses droits que de se rappeler ses devoirs ; il est plus souvent opprimé que séditieux. Pour quelques intervalles d'anarchie, combien de siècles de despotisme! L'anarchie est éphémère ; elle se fait promptement justice à elle-même; elle a son terme dans sa propre violence, tandis que le despotisme sait organiser la servitude, mettre de l'ordre dans le mal et remplir ainsi une des conditions de la durée. Il nous a pris furieux, il nous laisse imbéciles. Il faut de longues années pour retremper les courages qu'il a énervés, et il est plus difficile d'effacer ses vestiges que de renverser sa puissance. On se récrie trop sur le danger d'exalter les âmes; je ne vois de péril réel qu'à les abattre. Ah! parlons sans scrupule à l'homme des biens qui lui sont dus; le sentiment de ses droits est trop souvent le premier qui l'abandonne et le dernier qui se ranime. C'est le pouvoir qui a besoin de répression; c'est la liberté qui a besoin de secours. Cette vérité est de tous les temps, même de ceux où la liberté a le plus de chances.

La garantie des droits de l'homme : telle est donc en dernière analyse la fin de la Charte. L'idée de garantie présuppose de nombreuses déceptions et n'a pu venir qu'à des peuples longtemps trompés. Il faut bien en faire l'aveu, dussent les ennemis de la Charte en triompher : le régime constitutionnel est fondé sur la défiance; la défiance est pour les peuples l'épilogue de leur histoire presque entière. Ce sont là de ces observations qui n'accusent déterminément personne, mais qu'il n'en faut pas moins recueillir comme des vérités de fait, qui fondent des principes de droit.

Pour procurer la garantie, le procédé de la Charte est bien simple : le mal était dans le pouvoir absolu; le remède est dans la division du pouvoir. La puissance collective serait trop forte contre le droit individuel.

De là deux parties distinctes dans la Charte : le *droit public des Français*, et les *formes du gouvernement du roi*; la première énumère et définit les droits à garantir; la seconde organise le mécanisme qui doit procurer la garantie. Celle-là tient surtout à la morale sociale, celle-ci à la politique; toutes deux consti-

Digitized by Google

tuent notre régime. L'étude que nous allons en faire se partagera par conséquent en deux parties correspondant à celles de la Charte.

C'est très-improprement que la première s'intitule *droit public des Français*. Le droit public règle tous les rapports des Français avec le corps social, l'état civil, l'état politique, le droit criminel, le droit administratif, et est bien autrement compréhensif que la division de la Charte à laquelle il sert de titre. Il est manifeste qu'en la rédigeant, on n'a voulu y abriter que les droits naturels de l'homme, dans leur expression la plus simple, ceux dont la garantie est l'objet légitime de son inquiétude; le droit constitutionnel n'est par conséquent qu'une partie du droit public, une partie essentielle sans doute, mais rien autre chose qu'une partie. On a été conduit à cette impropriété de terme par une aversion peu raisonnée pour une locution de nos constitutions républicaines; mais ce n'est que par la forme qu'il faut se piquer de ne pas leur ressembler, non par le but; le but, encore une fois, est le même dans toute constitution qui tient à n'être pas oppressive, et l'on conçoit que M. Royer-Collard n'ait pas hésité à reconnaître dans cette première partie une véritable déclaration des droits.

Nous ne la traiterons pas sans nous heurter à plus d'un obstacle, nous le savons. Mais si, en rentrant dans ces sentiers depuis si longtemps battus, nous y trouvons çà et là de mauvaises semences récemment jetées; s'il y a telle vérité classique, endormie parmi les lieux communs, que des attaques inattendues réveillent tout à coup, inquiète, palpitante et appelant au secours, ne nous en plaignons pas; c'est à ce prix que notre étude aura son intérêt, j'allais presque dire son côté neuf. L'utopie moderne a de commun avec l'utopie antique d'établir l'empire du droit collectif sur tous les membres de la communauté; mais au lieu que celle-ci était en harmonie avec les anciennes républiques, qui reposaient sur la même base, et dont elle ne différait que par ses combinaisons particulières, l'utopie de nos jours heurte le principe fondamental de nos sociétés libres, et ne pourrait se réaliser que par leur subversion complète; elle affecte dans toutes ses variétés deux caractères principaux, par

lesquels nous nous trouvons profondément séparé d'elle. Elle élève sa cité sur l'annulation politique de l'individu et sur la négation systématique de ses droits naturels, à plus forte raison de ses droits acquis. Selon elle, il y a certains résultats collectifs, impérieusement réclamés par la justice, que rendrait impossibles la doctrine des droits individuels; elle n'arrive à ceux-là qu'en sacrifiant ceux-ci. C'est le contre-pied de la Charte. A nos yeux, point de droits individuels, point de devoirs, point de morale, tout retombe au niveau des *institutions humaines*, et c'en est fait du droit inviolable. Cette première erreur l'entraîne à une seconde : le régime constitutionnel n'est à ses yeux qu'une satisfaction donnée à un préjugé dominant, qu'un état transitoire qu'il faut traverser le plus rapidement possible, pour arriver à un état meilleur, à un état vrai et qui sera fixe; la nation n'a dressé sa tente aujourd'hui que pour la replier demain et se remettre en voyage vers une région inconnue. Nous croyons au contraire que les peuples civilisés sont parvenus à une situation fixe, où ils doivent goûter un long repos, et ceux-là sont d'indiscrets amis qui, pour porter nos regards vers des biens incertains et éloignés, les détournent de ceux que nous avons sous la main. Bien téméraire assurément celui qui affirmerait que les formes de notre gouvernement resteront éternellement ce qu'elles sont, sans aucune modification possible; nous ne sommes pas à ce point sceptique à l'endroit de notre perfectibilité, et, bien que nous croyions, par exemple, à la bonté intrinsèque de la forme représentative, nous allons nous plaindre de son imperfection actuelle. Mais à cette concession près sur la forme, nous demandons grâce pour le but; quand le législateur a tiré de la constitution même de l'homme la fin qu'il se propose, il y a là quelque chose d'immuable que la tête la plus forte ne remplacera jamais que par des hypothèses. Ces hypothèses mêmes ne recèlent pas un seul perfectionnement raisonnable qui ne soit en germe dans les textes dont nous sommes en possession; la fraternité humaine trouve si peu un adversaire dans la liberté, que même elle ne s'en distingue pas; pourquoi les réformateurs ne la voient-ils qu'à l'horizon lointain qu'ils nous montrent? Elle est autour de nous,

près de nous, en nous; la Charte n'est que l'écho du christianisme.

Telle est l'influence d'une idée, que même elle agit souvent à leur insu sur ceux qui la repoussent. La doctrine du droit collectif, que combat le législateur constitutionnel, lui surprend à lui-même, sans qu'il s'en aperçoive, des concessions sous le nom d'utilité publique; mais l'utilité publique exagérée n'est autre chose que le droit collectif immolant le droit individuel, et le despotisme ne fait alors que changer de nom et de forme. L'étude que nous allons faire n'aura donc pas seulement pour objet de nous prémunir contre les réformateurs qui innovent, mais aussi quelquefois contre cette tendance du législateur.

Les *formes du gouvernement du roi*, objet de la seconde partie de la Charte, n'ont pas, j'en conviens encore, le même caractère, puisqu'elles sont notre ouvrage. Mais la raison les a suggérées, et la raison les défend. Elles ont pour objet la solution de ce problème : trouver une division du pouvoir telle que les droits à garantir soient toujours au-dessus de chacune de ses fractions, et qu'aucune d'elles n'y puisse atteindre. Les écoles modernes se refusent aussi à la division du pouvoir, et elles y sont entraînées par la négation des droits individuels; elles ne consentiraient pas à diviser le pouvoir, sans rompre ce faisceau qui est une nécessité de leurs hypothèses, et sans renoncer au despotisme de la cité sur ses membres.

Remarquez que le problème est de détruire le pouvoir absolu, non de le déplacer; cette observation est fondamentale. S'il ne fait que changer de mains; si, de celles du prince, il passe dans celles du peuple ou d'une assemblée, la solution est manquée; car le pouvoir absolu se retrouvant toujours quelque part sous le nom de royauté, de pouvoir parlementaire, de souveraineté du peuple, toutes variétés du pouvoir absolu, le risque subsiste pour les droits de l'homme, et la garantie, c'est-à-dire la notion de l'inviolabilité, n'est pas obtenue. Le risque sera même plus grand avec le despotisme de plusieurs qu'avec le despotisme d'un seul; l'épreuve est faite et le jugement porté. La division du pouvoir suppose donc que *personne ne peut tout;* c'est son principe essentiel.

Digitized by Google

Comment le pouvoir doit-il se diviser? Rien de plus simple, à ne consulter que la nature des choses : faire la loi et l'exécuter, c'est tout le gouvernement. De là la division élémentaire du pouvoir en législatif et exécutif; nous n'ajoutons pas le pouvoir judiciaire, dont l'esprit des parlements, représenté par Montesquieu, avait autrefois tenté de faire un troisième pouvoir; il rentre en réalité dans le pouvoir exécutif, dont il n'est qu'un mode particulier.

La Charte ne transporte pas cette division dans son texte; elle la laisse à la doctrine, à la différence des constitutions de 91 et de l'an III, qui l'énonçaient dogmatiquement, et dont les divisions y correspondaient avec une symétrie presque géométrique. La Charte se contente de déterminer les *formes du gouvernement du roi*, et de sous-entendre la séparation des pouvoirs qui leur donne la vie; c'est donc à la doctrine à indiquer dans quelles proportions cette vie se communique aux différentes parties du grand corps qu'elle crée, et à trouver, sous ce régime dont le principe est que *personne ne peut tout*, ce que chacun peut et ne peut pas.

Voilà pourquoi la seconde partie de cet ouvrage, qui correspond à la seconde de la Charte, se subdivisera en deux sections : la première section dira ce que, dans son style législatif, la Charte juge à propos de ne pas dire, l'âme que recouvrent les formes politiques, les principes qui les vivifient; celles-là ne se comprennent qu'à l'aide de ceux-ci. Le roi, les chambres, les ministres, l'autorité administrative, l'autorité judiciaire opèrent dans leur sphère respective, mais la fonction assignée à chacun d'eux a sa mesure dans la portion de pouvoir qui lui est départie. La division du pouvoir est donc logiquement la première notion; celle des formes n'est que la seconde. La première section traitera de l'excès du pouvoir, ou de la manière dont chaque pouvoir peut empiéter sur l'autre : idée moins comprise qu'on ne pense, qui s'agrandit et se complique sous notre régime; car, si c'est dans la division du pouvoir que réside la garantie, le régime n'a pas de plus grand ennemi que l'excès du pouvoir même, qui tend à réunir ce qu'il a séparé, c'est-à-dire à reconstituer le pouvoir absolu. C'est alors que la

seconde section nous dira avec plus de clarté dans quelles limites et dans quel but vivent et agissent les formes du gouvernement.

En passant de la première partie à la deuxième, des droits de l'homme au mécanisme constitutionnel, on croira changer de sujet, quitter une science pour une autre, la philosophie pour la politique, et cependant, par une loi admirable, le sujet garde son unité. Je ne sache rien qui recommande autant ces deux sciences que leur intimité réciproque; le droit public emprunte sa grandeur à la philosophie, la philosophie sa réalité au droit public: l'une passe chez l'autre sans se dépayser. Que deviendrait le droit public sans la philosophie, à qui seule il doit de n'être pas arbitraire? et à son tour, si elle n'aboutissait à la vie sociale, que serait la philosophie?

Quoique nous portions le même esprit dans toutes les parties de ce vaste et beau sujet, cependant notre tâche variera de la première à la seconde : en traitant du *droit public des Français*, nous serons presque toujours sur la défensive; nous n'aurons guère qu'à repousser d'injustes attaques parties de fausses idées sur notre condition sociale, et à amender quelques formules. Quant aux *formes du gouvernement*, le zèle même de notre régime nous dicte des réserves sur cette partie toute positive de nos institutions; les révolutions contraires dont nous sortons ont laissé au législateur constitutionnel un choix difficile à faire dans les décombres qu'elles ont accumulés; et si quelquefois nous prenons l'offensive du côté des réformateurs, c'est que, par la faute des temps plus encore que par celle des hommes, le bien est loin d'y être sans mélange.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT PUBLIC DES FRANÇAIS.

Nous conservons ce titre, malgré l'impropriété de ses termes, par respect pour le texte, et parce qu'il est bien entendu qu'on ne le prendra pas à la lettre. Nous n'en raisonnerons pas moins, comme si, au lieu de *droit public des Français*, on lisait *déclaration des droits*.

On peut voir par cette observation préliminaire l'objet précis de la Charte; ce n'est point de donner un code complet de droit public, ni même de droit constitutionnel, mais seulement de recueillir dans quelques formules les droits essentiels de la nature humaine, ceux dont la garantie est le premier besoin des peuples et la première dette du gouvernement. Il y a eu des disputes sans nombre sur la véritable fin d'une constitution libre; la Charte commence par fixer la sienne, et dit, en d'autres termes, que si les Français ont l'égalité devant la loi, la liberté de conscience, la liberté de la presse, la sûreté de leurs personnes et la propriété de leurs biens, ils sont libres autant qu'il

est possible de l'être, et qu'à ces conditions le gouvernement qu'elle constitue aura satisfait à tout ce qu'exige réellement la nature de l'homme.

Les droits énumérés sous ce titre sont les seuls qu'elle reconnaisse comme naturels. Elle en reconnaît bien quelques autres qu'elle place sous le titre de *droits particuliers*, de *dispositions particulières*, et auxquels elle accorde également sa garantie, tels que la conservation des grades, honneurs et pensions militaires, l'inviolabilité de la dette publique, le maintien des titres de noblesse et de la Légion d'honneur, l'obligation de régir les colonies par des lois, et les principes qu'elle donne pour base aux promesses de l'article 69; mais ces droits, tout constitutionnels qu'ils sont, ont leur source dans la Charte; ils ne lui sont pas antérieurs; elle les accorde plutôt qu'elle ne les déclare; au lieu que ceux qu'elle place sous le titre qui nous occupe nous viennent de Dieu : chacun les apporte en naissant.

Ce n'est donc pas une chose indifférente que le classement des droits, car il se peut qu'il modifie leur régime, et que la loi se croie sur eux plus ou moins de prise, suivant leur origine. Aussi des doutes se sont élevés sur le silence de la Charte à l'égard des uns, et sur la place qu'elle donne à ceux dont elle parle.

On lui a reproché de ne contenir aucune disposition sur la qualité de citoyen, qui cependant est une matière constitutionnelle, puisque l'article 7 du code civil renvoie à la loi constitutionnelle le droit de la régir. Il faut bien répondre que si la Charte est muette à ce sujet, c'est parce qu'à ses yeux la qualité de citoyen n'est pas au nombre des droits inhérents à la nature humaine, qui sont la fin nécessaire d'une bonne organisation politique, et dont elle doive rigoureusement la garantie. Nous en dirons la raison dans le cours de cette étude.

On lui a reproché encore de ne s'être pas approprié la maxime tutélaire que la loi n'a pas d'effet rétroactif; on a rappelé que la constitution de l'an III en a jugé autrement, en la plaçant plus haut que la loi même, à qui elle sert de règle. Mais cette maxime, supérieure en effet au législateur, comme la

raison et la justice dont elle émane, fort bien placée dans l'article 2 du code civil et l'article 4 du code pénal, ne l'eût pas été judicieusement parmi les droits naturels; destinée à protéger les droits acquis, elle ne constitue pas un droit elle-même; c'est une règle à laquelle doit s'asservir tout législateur, absolu ou constitutionnel, pour peu qu'il tienne à être juste. Si elle a été placée dans la constitution de l'an III, c'est par une raison accidentelle; la loi du 5 floréal de cette année venait d'abolir l'effet rétroactif de celle du 17 nivôse an II; le sentiment de la justice a aussi son emportement. On voulut fortifier la maxime en la rendant constitutionnelle; mais la nouvelle place qu'on lui donnait ne changeait pas sa nature.

Une autre critique a été faite de la Charte; elle divise encore les esprits et montre tout ce qu'il y a d'important dans un bon classement des droits : on a regretté que la liberté de l'enseignement ne figurât point dans le premier titre, et fût reléguée au titre des *dispositions particulières,* parmi les promesses de l'article 69; on a dit qu'elle était de droit naturel, parce que l'autorité du professeur sur l'élève est identique à celle du père sur son enfant et en est une continuation. Mais cette assimilation est tout aussi fausse que celle de l'autorité royale à l'autorité paternelle. L'éducation de l'enfant par le père est sans doute de droit naturel; au sein de la famille elle est inviolable, et voilà pourquoi l'enlèvement des fils de protestants, pour les renfermer dans des maisons de propagande catholique, était un des actes les plus odieux des persécutions religieuses. Mais ce droit, qu'on me passe l'expression, est essentiellement domestique; il ne franchit pas les limites de cette juridiction, qui n'est absolue que chez elle; il est attaché à la personne du père; il ne se délègue dans sa plénitude ni ne se communique identiquement à personne. Quand le père envoie son enfant à une école, il le fait passer sous une autre règle; il le soumet à une discipline qu'il n'a point faite, et qui est si peu la sienne que souvent elle le contrarie. L'éducation domestique ne peut pas rester privée en devenant publique, ni se soustraire à la police de l'État en entrant dans son domaine. Cela est élémentaire. Le droit du père ne s'exerce que sur son enfant, se modifie avec

l'âge, et, comme la puissance paternelle, dont il est un attribut, cesse à la majorité; tandis que le droit du professeur atteint quiconque, enfant ou homme, se présente dans sa classe. Je demande si, quand le disciple est homme, on aperçoit encore chez le professeur quelque vestige de l'autorité du père? La prétendue identité de ces deux droits est donc une illusion. Quant au droit que le professeur ne tiendrait de personne, et qui serait inné en lui, l'illusion même serait impossible. Où serait dans notre nature le fondement de ce prétendu droit? Comment expliquer cette mission antérieure et supérieure aux lois du pays, que chacun se donnerait à lui-même d'agir extérieurement sur les autres, de diriger leur être intellectuel et moral, et de faire la police à sa guise? car l'enseignement public est une partie de la police d'un État. Le droit d'enseigner publiquement n'est donc un droit naturel, ni comme délégation du père, ni comme personnel au professeur.

Ces principes sont entrés dans l'économie de nos lois; elles ont si bien entendu que l'éducation domestique et l'instruction publique appartenaient à deux ordres d'idées différents, qu'elles se les sont partagées en conséquence. S'agit-il du droit des parents, c'est le code civil qui se charge de le déclarer, et comme il le présente moins comme un droit que comme la première obligation dérivant du mariage, c'est lui en effet qui devait nous dire, article 203 : « Les époux contractent ensemble, *par le fait seul du mariage* (le mariage est de droit naturel), l'obligation de nourrir, entretenir et *élever* leurs enfants. » L'obligation d'élever implique le droit d'instruire; telle est sa filiation véritable. Mais, ce point une fois réglé, ne reste-t-il rien? Il reste l'instruction publique, et la Charte s'en empare comme d'un principe distinct, en dehors du code civil, et pour lequel son article 69 promet une loi organique particulière : « Il sera pourvu successivement, par des lois séparées..., aux objets qui suivent... 8° l'instruction publique et la liberté d'enseignement. » *L'instruction publique*, voilà pour la distinction à faire entre elle et l'instruction de la famille; *la liberté d'enseignement*, voilà pour exclure tout privilége, et particulièrement par opposition à celui de l'université; c'est la promesse

de la libre concurrence. Le mot *liberté* n'a pas ici d'autre sens. N'en concluons donc pas qu'il en est d'elle comme des autres libertés dont le germe est déposé en nous par Dieu même, ni que le premier venu a le droit d'enseigner publiquement, comme le premier venu est égal aux autres devant la loi, comme le premier venu a la sûreté de sa personne, comme le premier venu a la liberté de sa conscience, comme le premier venu peut publier ses opinions, comme le premier venu peut être propriétaire. La liberté d'enseignement, fût-elle de droit naturel, ne serait pas encore illimitée, car le droit naturel lui-même n'en connaît pas de cette espèce. Mais n'étant pas de droit naturel, elle est plus particulièrement dépendante de la loi positive, qui peut légitimement lui faire des conditions et prendre ses sûretés contre elle. Il y a cette différence entre la liberté de droit naturel et celle qui n'en est pas, que la première a droit à la garantie de la loi, et que la seconde doit à la loi la garantie que celle-ci lui demande.

La Charte a donc pu ne pas comprendre le droit d'enseigner publiquement dans son premier titre, et elle lui a trouvé sa véritable place dans l'article 69.

Il est un autre reproche dont il n'est peut-être pas aussi facile de défendre la Charte. Pourquoi n'a-t-elle pas inscrit la liberté du travail au nombre des droits naturels? Nous n'en avons pas de plus naturel, de plus intime, de plus nécessaire, qui réponde plus directement aux besoins de notre condition, ni aux vues de la Providence. Elle avait été proclamée par le décret du 2 mars 1791; mais cette proclamation ne dispensait pas plus de lui donner sa place dans la Charte, que les nombreux textes qui proclament nos autres droits n'ont dispensé de leur en donner une; et il y avait la même raison de l'y abriter, puisqu'elle avait été, comme eux, méconnue et niée. On avait fait du travail un droit régalien, et l'édit de 1776, par lequel Turgot venait de le rendre au droit naturel, avait été rapporté, peu s'en faut, la veille de notre grande révolution. L'énumération du premier titre ne doit, j'en conviens, rien contenir d'étranger, mais il faut qu'elle soit complète; point d'intrus, mais point d'exclusions. On serait tenté de reprocher

cette lacune à la Charte, aujourd'hui surtout, qu'en réclamant l'organisation du travail au nom de l'humanité, on accrédite des idées au fond desquelles se cachent le communisme et le sacrifice des droits individuels; on se demande si l'organisation du travail libre n'est pas un problème insoluble, et si un texte constitutionnel eût été de trop contre de décevantes théories. Cependant on pardonne à la Charte la sobriété de son langage, quand on réfléchit que la liberté du travail est aussi évidemment contenue dans les droits qu'elle proclame que la conséquence dans les prémisses, et qu'à ce titre elle appartient peut-être plus à la doctrine qu'à la loi. Le décret de 91 n'existât-il point, je me ferais fort de la dégager rigoureusement : de l'article 1er de la Charte, qui veut l'égalité devant la loi; la permission de travailler donnée aux uns et refusée aux autres, ne serait-elle pas la plus monstrueuse des inégalités? de l'article 4, qui proclame la liberté individuelle; comment empêcher l'usage des facultés sans faire violence à la personne? de l'article 8, qui déclare toutes les propriétés inviolables; comment la propriété pourrait-elle être inviolable si le travail n'était libre?

Le droit public n'aura jamais de formules complètes et rigoureusement suffisantes, et ce serait la plus vaine des entreprises d'en chercher pour tous les besoins de la vie sociale; la liberté ne peut s'écrire tout entière; il y en aura toujours une partie en dehors des textes, et cette partie, qui resterait éternellement inédite sans la doctrine, en est peut-être la plus importante. Qu'est-ce que la liberté? Ce mot de la langue est le plus difficile à définir, même à ne le prendre que dans son acception politique. Selon les uns, la liberté est le droit de tout faire : définition tellement fausse qu'elle en est inoffensive. Selon d'autres, la liberté est le droit de faire tout ce que la loi ne défend pas : définition pleine de périls, car elle se mélange de faux et de vrai, et la partie vraie en accrédite la partie fausse. Défiez-vous-en, sujets de la loi; défiez-vous-en surtout, vous qui la faites; cette définition renferme dans son sein le plus irrémédiable des despotismes, le despotisme légal; quand il est parvenu à s'envelopper de ce manteau, il

n'est rien dont il ne soit le maître, et le maître pour toujours. La définition est vraie, car il n'y a pas de liberté sans limite, et la limite ne peut être posée que par la loi; la définition est fausse, car la loi ne peut pas poser arbitrairement la limite. Chacun de vos pas rencontre la limite, et la limite posée par la loi au point précis qu'il lui a plu de choisir dans tous les actes de la vie civile, la limite prend le nom d'ordre public, et ce qu'est l'ordre public, c'est la loi qui le dit; dans la jouissance du plus absolu de vos droits, de la propriété, la limite prend le nom d'utilité publique, et, ce qu'est l'utilité publique, c'est la loi qui le dit; dans l'exercice le plus fréquent de votre liberté, dans les contrats, vous ne pouvez rien de ce qui est illicite, et, ce qui est illicite, c'est la loi qui le dit; vous êtes capable de contracter si vous n'en êtes pas incapable, et quand en êtes-vous incapable? quand la loi le dit. Si la loi ou ceux qu'elle délègue posent mal la limite, votre liberté est entamée; si elle grossit l'ordre public de ce qui n'en fait pas naturellement partie, si elle enfle l'utilité publique jusqu'à l'étendre sur votre domaine, si elle déclare illicite ce qui est légitime, si elle vous déclare incapable d'un contrat de droit naturel, elle resserre votre droit individuel au point de l'étouffer, et le sentiment de l'injustice que vous subissez n'a d'appui dans aucun texte: le despotisme s'est établi dans les formes mêmes que vous avez imaginées contre lui, et vous demande votre liberté au nom de l'autorité que vous avez instituée pour la garantir. Nous en citerons des exemples, notamment dans le chapitre de la liberté religieuse et de l'inviolabilité du droit de propriété. Quel est donc le remède au mal? Le remède est dans le respect de ce droit primitif que Dieu révèle à notre conscience, que la philosophie peut enseigner, mais qui échappe à nos procédés constitutionnels, et dont la réduction complète en formules est impossible. La liberté est donc autre chose, et quelque chose de plus, que le droit de faire ce que la loi ne défend pas.

Ce bien inestimable et d'une conquête si difficile, la liberté constitutionnelle, n'est pas susceptible de partage; on en jouit dans sa plénitude ou l'on n'en jouit pas. Les lambeaux que l'on croit en déchirer de temps en temps sont en réalité des con-

cessions que laisse échapper le despotisme, et qu'il peut rappeler à lui. Au sortir du moyen âge, quand on a successivement reconquis sur le servage la liberté française, comme on retire les uns après les autres les membres d'un corps enfoui sous des décombres, on a pris le mot de liberté au pluriel, comme synonyme de franchise, parce qu'on voyait une liberté dans chaque fragment obtenu de la liberté entière. Pellisson, enfermé à la Bastille, écrivait à Louis XIV pour demander une plume et de l'encre : « Il y a ici une douzaine de libertés qui, toutes ensemble, ne valent pas la douzième partie d'une liberté entière. On les nomme liberté de la cour, liberté de la terrasse, liberté de s'y promener seul, liberté de l'escalier, liberté d'une fenêtre, liberté d'écrire pour ses affaires, liberté de voir quelqu'un avec un officier, liberté de le voir sans témoin, liberté d'être malade, liberté de s'ennuyer tant que l'on veut; les deux dernières ne sont refusées à personne. » Les libertés ainsi multipliées ne sont que des nuances de la servitude, et nous rejetterions cette locution vicieuse, qui présuppose un état primitif d'assujettissement, si elle n'était restée dans la langue; la tyrannie de l'usage ne nous permet pas d'en purger l'idiome constitutionnel, mais au moins ne nous en servirons-nous qu'après avoir consigné ici nos protestations et nos réserves.

La liberté va donc consister pour nous dans la jouissance des droits garantis par la Charte, de tous ces droits sans exception, et même en y ajoutant la religion du droit naturel, sans laquelle l'organisation constitutionnelle la plus parfaite est inefficace. La liberté est dans la jouissance de tous ces droits, écrits ou non, sans aucun retranchement possible, et elle y est entière et indivisible, car il n'y a de liberté que la liberté. Comme les droits qui la constituent ne nous parviennent qu'à travers un nuage de sophismes qui les grossit ou les rapetisse, et qui toujours les dénature; comme l'éruption de certaines idées dans la science n'a jamais été aussi violente que de notre temps, la notion que nous donnons de la liberté n'en serait pas une, si nous ne nous expliquions sur la nature et l'étendue de ces droits; il importe dont avant tout de les passer en revue.

On en compte cinq : l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, la liberté de conscience, la liberté de la presse, la propriété des biens ; quand nous aurons fixé le sens et trouvé la mesure de chacun d'eux, nous pourrons dire avec assurance : Voilà la liberté. La définition sera un peu longue, mais c'est à cette condition qu'elle sera claire et complète.

Digitized by Google

TITRE PREMIER.

DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI.

« Tous les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs. »
(Art. Ier de la Charte.)

Il y a des textes que la Charte semble adresser aux hommes puissants, comme pour leur servir de frein : *La liberté individuelle est garantie; chacun a le droit de publier ses opinions; les propriétés sont inviolables.* Il en est d'autres que l'on dirait écrits pour les humbles et pour les faibles, dans la vue de les relever et de les soutenir : *Tous les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs*, et cet article est le premier de la Charte, comme proclamant la plus pressante de ses vérités.

Par une véritable fatalité, c'est précisément pour ceux à qui il apporte des consolations et des secours, que cet article est le plus difficile à comprendre, et le plus facile à calomnier. Quiconque n'a pas une idée impartiale de la condition humaine, et ne la juge pas avec le désintéressement philosophique ou la résignation religieuse, c'est-à-dire quiconque est mécontent de son sort, lui sait peu de gré de l'égalité de droit, lui demande

Digitized by Google

l'égalité de fait, en d'autres termes, commet la double erreur de ne tenir aucun compte de ce qui s'y trouve, et d'y chercher ce qui ne saurait y être. A celui qui souffre, que parlez-vous de l'égalité devant la loi? Cette abstraction froide et stérile, qui ne procure de satisfaction à aucun de ses besoins, qu'en fera-t-il? La seule manière pour lui d'entendre l'égalité, c'est de ne différer en rien de celui qui ne souffre point. Il est presque téméraire de chercher à le détromper : la douleur a des sophismes qui ne se réfutent pas.

La Charte proclame l'égalité devant la loi; cela signifie-t-il qu'elle la proclame en tout et partout, ou seulement qu'en la garantissant devant la loi, elle ne la garantit que là, et sous-entend ailleurs l'inégalité? Il faut pardonner à ceux qui, dans la répartition des choses de ce monde, ont eu la souffrance sans la sagesse, de ne point comprendre ce que les législateurs et les philosophes n'ont pas toujours compris. Quand nous commençâmes en France à écrire des constitutions, Rousseau avait dit que l'égalité était dans la nature, et que l'inégalité venait de l'état social; la conséquence de cette doctrine était que le réformateur politique avait pour devoir de corriger l'œuvre de l'homme, et de rétablir celle de la nature. Le prestige de ce paradoxe durait encore, lorsque l'assemblée constituante adopta, dans l'article 1er de la constitution de 1791, cette rédaction remarquable : *Les hommes naissent et meurent égaux en droits.* Ce n'était pas encore mettre en question l'égalité naturelle; c'était cependant déjà ne proclamer que l'égalité des droits. Mais bientôt la constitution de 93 s'incorpora la pensée de Rousseau tout entière, en lui conservant ses deux faces : *Tous les hommes*, dit l'article 3, *sont égaux par la nature et devant la loi.* La constitution de l'an III revint à la doctrine de 91, avec un changement de rédaction; elle offrit à l'esprit l'idée de l'unité de la loi, plutôt que celle de l'égalité des hommes : *L'égalité consiste*, dit-elle, *en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse*; et de tous ces essais de doctrine et de rédaction est sorti l'article 1er de la Charte : *Les Français sont égaux devant la loi*, formule qui se rapproche de celle de 93, à l'égalité naturelle près qu'elle retranche, et

qui, par ce retranchement même, ne permet plus de doute sur son intention restrictive.

Ne nous étonnons pas si tout le monde n'a pas suivi les formules constitutionnelles dans leurs perfectionnements successifs, et s'il est des cœurs au fond desquels la doctrine de Rousseau est restée entière, sinon comme principe, au moins comme sentiment. Il faut que la tentation de confondre les deux genres d'égalité soit naturelle à l'homme, puisque nous en retrouvons un exemple dans le christianisme primitif; dans ce monde, rempli d'esclaves, la révélation de la fraternité humaine fut le signal d'un élan universel vers l'égalité absolue; le mouvement fut tel, que les interprètes de la loi nouvelle crurent devoir le combattre. On a conservé un ouvrage entier de Théodoret, évêque de l'Église grecque, écrit vers la fin du IVe siècle, dans le seul but de prouver que l'on entendait mal le dogme évangélique, et que l'on débutait par des abus. Aujourd'hui que la maxime constitutionnelle fait entendre dans le monde politique l'écho de la voix divine, les écoles modernes qui ont entrepris la rénovation de l'état social ont réveillé la même tentation au fond des cœurs. Parmi ces trente-trois millions d'hommes libres, où la fièvre de l'égalité absolue est endémique, c'est un rôle triste et sévère que celui de publiciste qui vient retirer à la plus avide de nos passions l'appât qu'on lui présente sous un appareil scientifique, substituer à un mensonge aimé une vérité impopulaire; qui cherche l'égalité promise en procédant par réduction, en resserrant incessamment le cercle qui la renferme et en sacrifiant beaucoup pour conserver peu, comme ce chasseur qui a enlevé les petits du tigre, et qui les lui rejette successivement presque tous, afin d'en emporter un seul.

La théorie de l'égalité, selon la Charte, est bien simple; elle repose sur les propositions suivantes : dans la nature, c'est l'inégalité qui règne; l'égalité n'est que dans la loi. La promesse de la Charte n'est pas de corriger l'inégalité naturelle, tâche absurde et surhumaine, qu'il ne faudrait même pas entreprendre si elle était possible, mais de ne pas l'admettre dans le domaine du droit; ce qui se réduit à dire que la loi ne doit pas créer de priviléges. Il faut sans doute s'efforcer de détruire

la misère par une bonne administration; il faut provisoirement la soulager par la charité publique et privée; c'est le devoir de tous. Mais l'inégalité n'est pas nécessairement la misère. Celle-ci détruite, l'inégalité subsistera autant que la création, dont elle est une loi générale.

Il y a, dans la controverse des écoles modernes sur ce point, dirai-je une inconséquence ou un artifice? qu'il importe de signaler. Elles ne nient point l'inégalité naturelle, ce serait nier l'évidence; elles l'avouent; mais, l'aveu une fois fait, elles n'en continuent pas moins à raisonner comme si elle n'existait pas. Ainsi, elles vous accorderont sans peine que, dans la nature physique et morale, rien n'équivaut exactement à rien, ni deux grains de sable sur le rivage, ni deux feuilles dans les bois, ni deux étoiles au ciel, ni deux hommes sur la terre, et que Dieu, en nous semant par millions dans les champs de la vie, ne nous y a pas fait tomber dans une situation identique; elles reconnaissent que Dieu, en diversifiant nos besoins, a dû diversifier, dans une proportion correspondante, les offices, les vocations et les aptitudes, et que les emplois les plus sublimes et les plus humbles, les biens et les maux à tous les degrés et sous toutes les formes, les contraires et les extrêmes sont entrés dans sa pensée; elles ne contestent pas que, de la diversité des offices, ne résulte pour chacun de nous, dans l'ordre universel, une fonction particulière qui est la meilleure explication du devoir individuel; elles sont faciles sur ces concessions, comme on l'est sur des lieux communs; mais il n'en est pas une dont elles ne vous refusent la conséquence; elles n'en exigent pas moins du législateur plus que de la Providence, puisque, en définitive, elles lui demandent un miracle, à savoir de construire l'égalité sociale avec des inégalités naturelles.

La vraie philosophie ne voit pas, dans l'inégalité naturelle, une nécessité fâcheuse à subir, mais un élément de l'ordre moral, dont le législateur doit tenir compte, et particulièrement une condition de la liberté; c'est à quoi ne réfléchissent pas ceux qui murmurent de la retrouver dans l'organisation sociale; elle y est tellement inhérente, que, s'ils étaient les maîtres de l'en ôter, la main leur tremblerait en y touchant.

Digitized by Google

En effet, l'inégalité naturelle et la liberté morale se tiennent d'une manière indissoluble. Si Dieu, en créant l'homme, a voulu d'abord qu'il fût libre, ensuite qu'il fût responsable et justiciable, il a nécessairement voulu l'inégalité naturelle. Où devait-il placer l'homme, comme être libre? Au milieu de choses diverses et dissemblables. L'égalité absolue eût conduit, dans le monde physique, à la confusion; dans le monde moral, à l'indifférence. Tout équivalant à tout, et personne ne se distinguant de personne, le mot de *préférence* ne serait le signe d'aucune idée, et n'existerait pas dans les langues humaines. Entre choses qui se ressemblent et qui se valent, il n'y a pas à choisir; et, point de choix, point de liberté. C'est parce que l'homme a été placé dans un milieu où le choix lui est possible, que ses déterminations ne sont pas indifférentes, et que ses actes sont appréciables. Le mauvais usage qu'il a fait de sa liberté le conduit devant la justice, et là, son rôle change : par sa liberté, il a agi sur ce qui l'environne, et causé un dommage; c'est sur lui que l'on va désormais agir; par sa responsabilité, il devient passif, il va recevoir l'application du droit, il est justiciable. Mais si les choses sur lesquelles sa liberté s'est exercée sont contingentes et variables, si elles se comptent, se pèsent, se mesurent, le droit qu'on lui applique est un, toujours identique et adéquat; il n'a pas de dimensions, il ne s'étend ni ne se resserre; le droit du pauvre à la plus petite chose vaut le droit du riche à la plus grande.

Voilà comment l'inégalité de fait conduit, par la liberté et la responsabilité, à l'égalité de droit.

Transportez cette explication de l'économie du monde à l'économie sociale, et vous aurez le vrai sens du premier article de la Charte. Les termes de la proportion s'abaissent, mais la proportion reste la même; au lieu de la liberté morale, c'est la liberté politique; au lieu des mérites ou des démérites que nous portons là-haut, les droits et les devoirs qu'engendrent nos rapports ici-bas; au lieu de la justice divine dans son infaillibilité, la justice humaine avec ses imperfections. L'égalité devant la loi suppose donc les inégalités sociales, par la même raison que l'égalité devant Dieu suppose les inégalités naturelles, et

nous allons bientôt nous convaincre que la justice humaine elle-même n'est bonne qu'autant qu'elle fait acception des inégalités naturelles et sociales. Amis de la liberté, vous tombez dans une grande inconséquence quand vous réclamez l'égalité en tout; vous vous faites ainsi deux affections inconciliables : la Charte vous donne la liberté politique sans vous ôter l'inégalité sociale; le despotisme vous donnerait l'égalité sociale en vous ôtant la liberté. Et vous, qui en voulez à la liberté de retarder le règne de la fraternité entre les hommes, réfléchissez donc que la fraternité est impossible entre des hommes qui ne sont pas libres, et que pour la leur procurer telle que vous l'entendez, vous êtes obligés de commencer par leur donner un despote.

J'insiste sur cette réflexion, car elle est fondamentale, et on se fait un système de la méconnaître : je dis que l'égalité mal entendue conduit directement à la destruction de la liberté. En voici une démonstration bien claire, que me fournit une école moderne :

Un capitaliste commande un ouvrage; un ouvrier l'exécute, moyennant salaire. D'après cette école, il y a entre le capital de l'un et l'industrie de l'autre une association; l'ouvrier doit légitimement avoir, au lieu d'un salaire, une part dans l'œuvre qui sort de ses mains. Si le capitaliste évince l'ouvrier de sa part dans la propriété commune, et le réduit à un simple salaire, c'est en abusant d'une combinaison sociale qui fait que l'ouvrier a plus besoin du capitaliste que le capitaliste de l'ouvrier. Aux yeux du jurisconsulte, ce contrat n'a pas de caractère nécessaire; il le fait dépendre de la convention des parties, et il y voit, selon l'expression de leur volonté, une société ou un louage d'industrie. C'est la liberté proprement dite. Le socialiste, comme on l'appelle, trouve au contrat le caractère nécessaire de la société, et, s'il en est autrement dans la pratique, c'est la loi du plus fort qui prévaut contre le droit. Le jurisconsulte est pour la liberté des conventions; il prend les parties telles que les a faites la force des choses, sans reprocher à la loi la supériorité relative de l'une sur l'autre; le socialiste est pour l'égalité entre les parties; il les associe, quoi qu'elles en

aient, et malgré la volonté contraire qu'elles expriment, il les met sur le même pied, mais en leur faisant violence; car il leur interdit le louage d'industrie qu'elles ont déclaré vouloir, pour leur imposer fatalement la société dont elles n'ont pas voulu; il force le capitaliste qui s'est fait faire un habit à accepter son tailleur pour copropriétaire de son œuvre. L'égalité ainsi entendue ne s'obtient donc qu'aux dépens de la liberté.

Pour compléter cette idée, montrons-en les deux faces : il y a corrélation entre la liberté et l'égalité. Si l'égalité mal entendue détruit la liberté, la liberté mal comprise blesse l'égalité. En voici un exemple : la liberté d'industrie est une des premières qu'ait proclamées l'assemblée constituante; dégager de ses anciennes entraves la faculté du travail, c'était pourvoir au premier besoin de l'homme moderne, dont la condition est de se suffire à lui-même; et en même temps elle a établi l'impôt des patentes, celui de tous dont la légitimité se conçoit le mieux, puisqu'il se paye à l'État en retour de la protection qu'il accorde au droit naturel, et à la libre concurrence, sa conséquence nécessaire. Mais la faculté naturelle du travail, la libre concurrence qu'elle engendre, la protection qu'elles demandent toutes les deux, et le prix qu'elles coûtent, ne se conçoivent que dans l'individu, parce qu'à l'individu seul a été imposée la nécessité de se suffire, et que seul il supporte les charges de la famille et de l'État. Si cependant l'État introduit dans la concurrence des travailleurs qui soient hors de la condition commune, des personnes fictives de sa création, telles que des communautés laïques ou religieuses, des corporations, des établissements publics, qui ne sont pas réduites à leurs propres ressources, qui vivent d'une vie d'emprunt, sur qui ne pèsent les charges ni de la famille ni de l'État, et qui opposent la faculté du travail, franche chez elles, à la même faculté, grevée chez les autres, les lois de la véritable concurrence sont violées; des personnes réelles, au milieu de toutes les nécessités de la vie, ne lutteront jamais avec les mêmes chances contre des personnes fictives, qui tiennent une foule d'immunités de leur mode particulier d'existence; on rétablira des maîtrises et des jurandes avec moins de logique et bien plus d'injustice

qu'autrefois, car on les introduira de vive force au sein d'un droit commun qui les repousse, et la liberté d'industrie mal entendue détruira l'égalité devant la loi. Les plaintes de l'industrie libre sont justes, et le gouvernement doit d'autant plus les écouter, qu'il peut très-légitimement user, dans les communautés et les maisons de détention, d'un droit de police qui ne risque point d'y heurter le droit naturel.

Si nous tenons à juger sainement la promesse de la Charte, apprenons donc à distinguer ce qu'elle ne nous doit pas de ce qu'elle nous doit. Ce qu'elle nous doit, c'est de ne pas créer de priviléges. Le privilége est une inégalité du fait de l'homme, et nous n'avons pas la même raison de nous y résigner qu'aux inégalités qui viennent de Dieu. Celles-ci obtiennent la soumission du sage; il y conforme ses idées et ses sentiments; celle-là excite au fond de son âme la même révolte que l'injustice, dont elle est le synonyme. Ainsi le devoir du législateur constitutionnel est tout négatif; il consiste à s'abstenir; laisser la liberté se mouvoir dans sa sphère, abandonner les facultés humaines à leur développement naturel et aux mille accidents de la concurrence, c'est tout son devoir. Il en est qui entendent autrement ce devoir, et qui le rendent actif, au point d'exiger que le législateur s'immisce dans la destinée de chacun, pour l'améliorer; à les entendre, le législateur ne fait rien en dégageant nos facultés de leurs entraves, s'il ne se donne lui-même, pour les féconder, toute l'activité qu'il leur rend. Leur doctrine se résume par cette formule : L'homme n'a pas seulement le *droit de travailler;* il a encore *droit au travail.* Voilà de ces paradoxes que l'on n'aime pas à combattre; car il faut, pour leur répondre, distinguer du devoir rigoureux des gouvernements certaines obligations morales et religieuses dont on semble se rendre l'adversaire, uniquement parce qu'on les en sépare, et cependant rien n'est plus faux que cette proposition prise dans le sens absolu qu'on lui donne. Non, si la bienfaisance publique est une dette, comme je le pense, elle n'en est point une de la même nature que la garantie des droits de l'homme. Le législateur est quitte de la sienne quand il m'affranchit, et ce que l'administration y ajoute est un surcroît qui

ne peut s'exiger au même titre. La destruction de la misère, cette promesse que la civilisation tiendra un jour, est le plus souhaitable des perfectionnements sociaux; mais une des ruses les plus adroites du despotisme est d'en faire une question de droit strict, de la solution de laquelle il se charge. Quiconque se dit obligé de rendre ma condition meilleure se présente à moi comme un maître; je ne lui reconnais pas le devoir de l'améliorer, sans lui reconnaître le droit de la modifier; qui procure le travail l'organise nécessairement; et qui l'organise le règle et le domine. Je ne comprends rien à ce mélange de liberté et de dépendance; la liberté constitutionnelle ne peut compatir même avec un despote bienfaisant, et je remercie Turgot, autant que je l'admire, de l'avoir ainsi comprise. Le devoir du législateur, entendu dans le sens d'une prohibition absolue du privilége, s'accorde merveilleusement avec notre destination; l'homme n'est doué de facultés actives que pour les tenir dans un exercice continuel; leur énergie est telle que, pour qu'elles se perfectionnent jusqu'au prodige, il suffit que des préférences arbitraires ne leur fassent pas obstacle, et la loi politique, qui les respecte dans leur action, coopère réellement avec la Providence. Il y a plus de sagesse dans cette neutralité tolérante et protectrice, qui laisse à chaque vocation sa tendance, que dans ces classifications systématiques et inexorables qui peuplent le monde d'aptitudes tourmentées et de capacités factices. On sait ce mot d'un Anglais célèbre, au sujet du droit d'ainesse, qui, en vouant le premier-né de chaque famille aux jouissances oisives de la propriété foncière, précipite les puinés dans la vie ambitieuse et passionnée des emplois publics, de la marine et de l'industrie : « La loi de la primogéniture a cela de bon, disait Johnson, que du moins elle ne fait qu'un sot par famille. »

La législation tient-elle la promesse de la Charte, ainsi entendue? Avant de porter un jugement sur nos lois, cherchons des points de comparaison dans les autres; étudions le privilége chez les peuples qui l'ont établi systématiquement, et dont le génie législatif fait autorité; prenons Rome dans l'antiquité, l'Angleterre et la France de l'ancien régime dans les temps modernes.

Je n'aime pas la grandeur des Romains; ce peuple m'est odieux par son orgueil, par l'abus révoltant de la force, par son mépris impie pour le droit des gens; je conspire contre lui avec tous les peuples qu'il subjugue; ses victoires continuelles désolent ma partialité, et cependant cette domination insolente n'eût pas été soufferte douze siècles par la Providence, sans quelque raison inconnue qui fait hésiter mon jugement. Il faut croire que cette longue injustice tendait à quelque grand résultat. Mais quel était donc le bien que l'on n'achetait pas trop cher par les calamités que nous connaissons? Jamais l'inégalité, j'entends celle qui est l'œuvre de l'homme, n'a bravé Dieu d'aussi près. Le privilége ne se conçoit ordinairement que dans la constitution intérieure d'une cité, d'individu à individu, de classe à classe; Rome en avait perfectionné l'idée, jusqu'à l'étendre au dehors, d'elle aux autres États; elle a détruit l'égalité où elle semblait le plus en sûreté, dans le droit des gens, sous la sauvegarde des souverainetés nationales; elle a conçu, elle a organisé la hiérarchie des peuples, et elle s'est placée au sommet. Elle a eu l'incroyable audace de leur déclarer sa supériorité, et, comme les discordes intestines la déchiraient, elle ne s'est sauvée d'elle-même qu'en se précipitant sur eux; il n'y avait de salut pour elle qu'à se constituer l'ennemie du genre humain et en se proclamant peuple-roi. Le dedans répondait au dehors : priviléges dans les personnes, priviléges dans les choses et jusque dans la manière de les acquérir et de les perdre, priviléges ayant ce caractère particulier, qu'ils ne se bornaient pas à élever l'un et à abaisser l'autre, mais qu'ils opprimaient celui-ci et le dépouillaient; le plébéien exclu de la possession des terres, des hautes charges de la république, et même d'un contrat de droit naturel, du mariage avec les enfants des patriciens; le plébéien réduit à la double impossibilité de ne pas faire de dettes, et de payer celles qu'il avait faites; car le pillage à la guerre faisait toute sa solvabilité, et, le pillage manquant, son actif tout entier était dans son corps, il ne s'acquittait que par l'esclavage, il se livrait en pâture au créancier. Je conçois que des plébéiens aux patriciens la haine fût plus ardente que des Romains aux étrangers; je conçois le

désespoir du peuple et sa retraite sur le mont Sacré; si l'apologue de Ménénius Agrippa est ingénieux, il est fort peu concluant; l'estomac n'est point aux membres ce que les patriciens étaient aux plébéiens; je conçois surtout l'éloquence tribunitienne, sa violence et son amertume. Que répondre à ce Canuléius, tribun du peuple, réclamant l'admissibilité de tous à la dignité consulaire, et la liberté du mariage entre les diverses classes de citoyens (1)? « J'avais déjà une haute idée du mépris des grands pour le peuple; je les voyais souffrir d'habiter la même enceinte; mais j'étais loin de m'attendre à tant de fureur contre d'humbles demandes, dont tout le crime est de leur rappeler que nous avons la même patrie. A quel profond éloignement ils nous voient au-dessous d'eux! L'air respirable, l'usage de la parole, la forme humaine, ils s'indignent que nous les partagions avec eux... Ce qui nous indigne, nous, ce n'est pas que votre orgueil se révolte de mêler votre sang au nôtre, c'est que le mariage soit interdit par une loi : là est l'outrage dont se plaint le peuple. Votre loi est une main de fer qui fait éclater l'unité sociale, et brise la cité en deux. Que ne défendez-vous aussi le mariage entre le riche et le pauvre? Pourquoi souffrir que le plébéien ait une demeure voisine du patricien, qu'il passe dans la même rue, qu'il s'assoie à la même table, qu'il fréquente le même forum? Qu'ajouterait à cette vie commune le mariage du plébéien avec la patricienne, de la plébéienne avec le patricien? Quelle innovation en résulterait-il dans le droit, puisque les enfants suivent la condition du père? Nous n'avons qu'un but, c'est de compter au nombre des citoyens; vous n'en pouvez avoir qu'un, c'est de nous outrager. » Malheur à qui trouverait de la sédition dans ce langage! Il est irréprochable aux yeux de la philosophie sociale la plus sévère.

Le monde moderne n'a guère plus de respect pour le droit naturel. Voyez l'Angleterre, avec son beau système représentatif et son admirable procédure criminelle; société indéfinissable où les contradictions abondent, où la philanthropie est dans les livres et quelquefois dans les mœurs, mais où les lois

(1) Tite-Live, liv. IV, chap. III et suiv.

qui répartissent les biens immolent impitoyablement le droit naturel, et d'où l'on court au bout du monde redresser le mal que l'on souffre chez soi. Que d'inégalités du fait de l'homme déforment ce vieux corps! Car l'homme ne crée pas impunément une inégalité; celle-ci en appelle d'autres, auxquelles viennent s'en enchaîner de nouvelles. On n'amoncelle pas la terre sur un point, sans creuser des abîmes à côté; les palais de Rome sont sortis des catacombes. En faisant des riches, on fait des pauvres; une fois faits, il les faut maintenir, car le mouvement naturel de la liberté eût bientôt substitué ses combinaisons aux nôtres. Les uns et les autres passent donc à l'état chronique de riches et de pauvres entretenus. La pauvreté change de nom; elle s'appelle paupérisme; elle n'est plus un accident, mais une condition; elle n'est plus secourue à titre de bienfaisance, mais à un titre rigoureux qui grève le budget d'un impôt spécial. Le privilége de l'aîné engendre des priviléges pour les cadets; il faut à ceux-ci des carrières, des charges, des sinécures; si elles n'existent pas, il les faut créer; il faut ajouter l'Asie à l'Europe, un hémisphère à un hémisphère, un monde à un monde. La misère du colon irlandais est la plus effroyable qui ait jamais excité la pitié humaine; l'ancien monde était moins cruel avec son esclavage; l'esclave au moins ne mourait pas de faim, il avait pour garant de son existence l'intérêt du maître à la soutenir. Mais l'infortuné qui féconde le sol de l'Irlande n'en tire rien qui lui reste; ce n'est pas pour lui que les fruits de la terre se répartissent entre le propriétaire et le fermier, et l'arrêt de Dieu qui condamne l'homme au travail pour se nourrir ne s'exécute sur lui qu'à moitié; il travaille et ne se nourrit pas. Le propriétaire du sol d'Irlande n'est pas Irlandais, il est Anglais; il n'est pas catholique, il est protestant; pour n'avoir pas sous les yeux sa victime religieuse et politique, et ne pas braver de trop près le spectacle de la misère dont il s'enrichit, il réside nécessairement dans la métropole; il se fait un système d'être absent; c'est ce que l'on appelle l'*absentéisme*; cette nécessité d'une distance entre le propriétaire et le colon en a fait naître une autre, celle d'intermédiaires nommés *middlemen*, spéculateurs

parasites qui ne sont ni propriétaires ni producteurs, mais qui se trouvent là, sur le passage, pour augmenter le prix de ferme du bénéfice qu'ils se proposent d'en retirer; le prix, en repassant par leurs mains pour remonter vers le propriétaire, laisse dans chacune d'elles une partie de la substance pompée au colon. Quand ce malheureux est épuisé, on le jette de vive force hors de la terre qu'il a cultivée. Cette abomination n'est sans doute écrite dans aucune loi, mais elle est soufferte et pratiquée chez des hommes civilisés; on a le droit de la compter au nombre de leurs institutions.

C'est du sein d'un tel peuple que devait pour la première fois s'élever la plus redoutable question de la vie sociale : A qui nos maux sont-ils imputables? Est-ce à la Providence, est-ce aux lois? L'Angleterre, au milieu de ses grandeurs, était frappée de trop de plaies pour ne pas se poser la question, et douée de trop de philosophie pour n'avoir pas la curiosité de la résoudre. Mais sa philosophie a trouvé un obstacle dans son patriotisme même; sa partialité pour ses propres lois a nui aux recherches de ses économistes. Malthus, l'un d'eux, frappé des inégalités profondes qu'il avait sous les yeux, n'a pu les expliquer que par l'exubérance de la population; selon lui, s'il y a tant d'hommes malheureux, c'est qu'il y a trop d'hommes; les moyens de subsistance ne s'accroissent que dans une proportion arithmétique, tandis que la population augmente dans une proportion géométrique : accusation qui s'adresse directement à la Providence. Pour remédier au mal, il ne permet le mariage qu'à ceux qui peuvent élever leurs enfants. « Si quelqu'un, dit-il (1), désirait encore se marier sans avoir la perspective de pouvoir faire subsister sa famille, il faut qu'il soit libre de le faire. Quoique dans ce cas le mariage soit, à mon avis, *un acte immoral*, il n'est cependant pas de ceux que la société ait le droit d'empêcher ou de punir. Il faut laisser à la nature *le soin de la punition.* » Et plus loin : « L'homme qui naît dans un monde déjà occupé, si sa famille ne peut le nourrir, ou si la société n'a pas besoin de son travail, cet homme, dis-je, *n'a pas le moindre droit de ré-*

(1) Tome III, p. 180, *De l'essai sur la population.*

clamer une portion quelconque de nourriture, et il est réellement de trop sur la terre. Au grand banquet de la nature, il n'y a pas de couvert pour lui; la nature lui commande de s'en aller, et elle ne tardera pas à mettre elle-même cet ordre à exécution. » Godwin, autre économiste anglais, s'emporte contre les doctrines de Malthus; il nie la disproportion prétendue entre la multiplication de l'espèce et la puissance de production de la nature; il la nie comme une calomnie contre la Providence; il disculpe la bonté suprême qui donne la pâture aux petits des oiseaux de la refuser aux hommes; il interroge l'antiquité, les nations modernes et surtout les États-Unis d'Amérique. Sa conclusion est que la misère est imputable aux institutions politiques. Mais quelles institutions accuse-t-il? Celles de son pays? Il s'en garde comme d'un blasphème; il ne spécifie pas, et le patriote fait tort au publiciste. Une seule fois, à l'occasion du paupérisme, il l'explique historiquement par la réformation religieuse et la suppression des monastères; mais il laisse planer la responsabilité de nos maux sur les institutions politiques en général, sans distinction de temps ni de lieu; il combat la thèse de Malthus bien plus qu'il n'établit la sienne; il semble n'avoir pris à tâche que de calmer les imaginations effrayées par l'apparition de ces surnuméraires du genre humain, qui attendent, pour avoir le droit de vivre, que la mort y ait fait des vides. En définitive, cette controverse, si grande dans son objet, est nulle dans ses résultats; le paradoxe de Malthus a été réfuté; la Providence a eu son vengeur; c'est quelque chose; mais les institutions ont été collectivement condamnées sans examen; et, en particulier, on n'a pas essayé la solution du problème sur les institutions qui l'avaient fait naître, sur celles de l'Angleterre. Cependant la matière abondait, et l'épreuve bien faite eût été décisive. Nous ne sommes pas de ceux pour qui la prospérité présente d'un État puissant sert de justification à ses lois, et doit nécessairement les absoudre dans l'ordre de la justice. Il y a des grandeurs artificielles qui ne sont même pas des arguments dans l'ordre de la politique; quelques combinaisons heureuses, des rencontres fortuites, des hasards qui n'arrivent qu'une fois, ne fondent pas une doctrine; les violations du droit

naturel ne se légitiment pas par le succès. Nous ignorons quelles leçons l'avenir tient en réserve; mais ceux en qui la condition humaine est violée ont toujours raison de se plaindre, et le cri qu'ils ne cessent d'élever vers le ciel finira par être écouté.

La France n'a pas toujours été constitutionnelle; elle a été assez dissemblable à elle-même pour se servir aujourd'hui de terme de comparaison. Aux inégalités de la nature, de la conquête, du moyen âge, la loi humaine en avait ajouté de son fait; tout y était privilége : le travail chez les uns, l'oisiveté chez les autres; il y avait des priviléges même entre les privilégiés; non-seulement les deux premiers ordres étaient supérieurs au troisième, mais le clergé l'était à la noblesse, et, dans la noblesse, le noble de race à l'anobli, l'aîné aux cadets. Le gentilhomme n'était pas imposable comme le roturier; il n'était justiciable comme lui, ni au civil, ni au criminel, il subissait autrement le dernier supplice, et le privilége s'était glissé jusque dans la mort. Le noble était préférable pour les offices publics et pour les charges ecclésiastiques; le droit lui attribuait une supériorité morale : où l'on exigeait une caution de tout autre, on se contentait de sa parole; son serment l'emportait sur celui du roturier, et sa déposition faisait plus de foi en justice. On lui attribuait même une supériorité intellectuelle : quand le roturier était tenu de faire un *quinquennium* aux écoles, pour être gradué en droit civil et canon, le gentilhomme n'était tenu qu'à un *triennium* (1). Quand le législateur ajoute aux inégalités de la nature, tout aussitôt, par un enchaînement irrésistible, les mœurs ajoutent aux inégalités du législateur; mais avec cette différence que les supériorités réelles qui vont rarement sans l'élévation du caractère le rendent tendre et sympathique, et rapprochent de l'humanité, tandis que les supériorités factices en éloignent, endurcissent l'âme et la dépra-

(1) *Traité de la noblesse*, par Thierriat; (1606). L'auteur donne de la différence dans la durée des études la raison que voici : « Soit que le droit nous ait estimés plus aptes à comprendre les sciences que les ignobles, parce que la chasse nous étant permise, nous mangeons plus de perdrix et autres chairs délicates qu'eux, ce qui nous rend un sens et une intelligence plus déliés que ceux qui se nourrissent de bœuf et de pourceau. » (P. 47, n° 40.)

vent; le mot n'est pas trop fort; et aux époques où la monarchie absolue fomentait l'esprit de cour, l'observation s'applique aux génies les plus sublimes et aux cœurs les plus sensibles; on en trouve de curieuses preuves dans les Lettres de madame de Sévigné et dans les Mémoires du duc de Saint-Simon.

A cette époque le privilége se déclarait ouvertement puisqu'il était dans le droit public; mais depuis que la France est devenue constitutionnelle, il a tenté d'y rentrer furtivement, travesti, changeant de nom et de forme, se mentant à lui-même et aux autres, comme un de ces goûts honteux que l'on n'avoue pas. La restauration nous a laissé de ce genre d'industrie législative un exemple que l'on n'oubliera jamais. En 1826, dans un de ces accès aristocratiques qui sont l'écueil des monarchies représentatives, elle a tenté de rétablir le droit d'aînesse; mais elle avait à éluder un principe, et à masquer la réalité. Dans ce but, elle chercha au droit d'aînesse un autre nom et une autre forme; un autre nom, elle l'appela *préciput légal;* une autre forme, au lieu d'attribuer directement la prérogative à la personne, elle a pris dans les biens la quotité disponible qu'elle a donnée au premier-né des enfants; après quoi, pour sauver toute ressemblance avec le privilége, elle s'est avisée des deux arguments que voici : 1° Tout privilége est essentiellement *personnel;* or la disposition du projet de loi est *réelle*, puisqu'elle porte directement sur les biens. 2° L'égalité promise par la Charte est politique; or l'égalité que sacrifie le projet de loi est civile; donc il n'y a point de privilége, et elle s'est tranquillement endormie sur l'objection constitutionnelle. Le projet de loi de 1826 n'avait pas d'autre base. Ainsi, vous connaissez la recette pour éluder la promesse de l'égalité; gardez-vous d'indiquer d'abord la personne, là serait le privilége; mais commencez votre phrase par désigner l'excédant de biens que vous lui attribuez, et le privilége s'évanouit. Quant à la distinction entre l'égalité politique et l'égalité civile, elle a le malheur de n'être pas dans la Chrte; elle a le malheur plus grand d'être contraire à la raison; la loi qui altérerait l'égalité des partages ne serait pas une simple loi civile; nulle autre n'appartiendrait plus intimement au droit public, par ses effets

directs sur l'état de l'aîné et des cadets, par la condition qu'elle créerait à l'un, par les dédommagements qu'elle obligerait de procurer aux autres; elle affecterait l'économie sociale tout entière. Le rejet de cette loi fut un événement dans la monarchie constitutionnelle; et la gloire en revient en grande partie à M. le duc de Broglie; il prononça, dans cette discussion mémorable, pour la défense du principe compromis, et sur les fausses inductions que l'on tirait de l'aristocratie anglaise, un discours que nous recommandons aux amis de la Charte et de l'éloquence délibérative.

Voilà le privilége, masqué ou découvert, à un titre légal ou en fraude; le voilà tel que la Charte le repousse, tel que ce serait un crime de le reproduire. Maintenant que nous nous sommes donné le spectacle de ce que sont les autres, et de ce que nous avons été nous-mêmes, rentrons chez nous. Comme au sortir de ces institutions arbitraires, on se réfugie avec bonheur dans notre régime constitutionnel! on s'y trouve à l'aise, comme au sein de la vérité. La France a été appelée la fille aînée de l'Église; depuis qu'elle a donné à l'égalité devant la loi la première place dans sa constitution, il faut l'appeler la fille aînée de la Providence.

Il n'en serait rien pourtant, à en croire certains publicistes de nos jours. Par une fatalité que l'on ne rencontrerait pas ailleurs, ces institutions que les étrangers envient à la France, la France est réduite à les défendre contre ses propres enfants. Nous avons vu deux économistes anglais chercher la cause de la misère, et l'imputer, l'un à la Providence, l'autre aux institutions sociales; aucun d'eux ne la soupçonne dans celles de sa patrie, où elle éclate à tous les yeux. Les nôtres la voient partout dans nos codes; on dénonce chaque mot d'une législation amie de l'homme, qui inscrit la fraternité évangélique dans sa première ligne, et qui s'en inspire dans les innombrables détails de son vaste ensemble; ailleurs le patriotisme rend aveugle sur ce qui est mal, ou empêche au moins d'en médire; ici, l'esprit de faction s'ingénie à calomnier ce qui est bien. Des livres se publient, des sociétés s'organisent, des journaux se fondent dans l'unique but de nous prouver que nous sommes malheu-

reux, par la faute de la législation la plus juste qu'il y ait au monde. Pour mieux la calomnier, on exagère sa puissance; on la dit en possession d'un remède à tous les maux; on ose dire aux pauvres qu'elle refuse d'user pour eux de sa panacée, et on l'ensevelit sous la masse des maux qu'elle ne guérit pas. Les plaintes que l'on varie sur ce thème, le plus facile et le plus inépuisable des sujets de déclamation, dépassent tout ce que l'oppression des patriciens de Rome a jamais inspiré aux tribuns de plus âpre et de plus amer.

Un petit livre, sérieusement intitulé : *De l'esclavage moderne*, manifeste avoué de ce parti ou de cette école, condense dans son format in-18 tout le venin de sa doctrine. On y trouve, à la page 42, les paroles suivantes, dont il m'est impossible de douter, car je les lis : « Dans l'effective réalité, nous en sommes encore à la solution païenne du problème social, à l'esclavage des nations antiques, atténué seulement, et déguisé sous d'autres noms et d'autres formes. » On vérifie la date du livre, on trouve *Paris, décembre* 1839, et l'on se prend à craindre un anachronisme de plusieurs siècles.

La thèse de l'esclavage moderne y est méthodiquement soutenue, dans l'ordre politique, dans l'ordre civil, dans l'ordre domestique; sous ce triple rapport, l'auteur reproche à la loi française de nos jours les inégalités créées par elle. Remarquez que cela même ne suffirait pas à sa thèse; car le privilége des uns ne serait pas nécessairement l'esclavage des autres; notre ancien régime était hérissé de priviléges, le régime actuel de l'Angleterre ne vit que par eux, et ni l'un ni l'autre ne souffrent l'esclavage. Il faut donc, pour que la conscience publique ne repousse pas le livre sur le titre seul, y substituer partout au mot *esclavage* le mot *privilége;* l'effet du titre est manqué, mais au moins le livre supporte l'examen.

Le plus impardonnable attentat de la loi française, c'est la distinction qu'elle fait entre les droits civils et les droits politiques; c'est de reconnaître les uns chez tous les Français, et de n'accorder les autres qu'au petit nombre. Ne pas jouir des droits politiques, selon l'auteur, c'est n'avoir pas de patrie, c'est être esclave; c'est le sort de trente-trois millions de Français (p. 100).

Car, dans l'antiquité, tous les hommes libres avaient des droits politiques; l'esclave n'en avait pas. Donc les droits politiques caractérisent l'homme libre; leur absence caractérise l'esclave. Sur ce fondement, l'auteur conclut de l'ancien monde au nouveau, déclare esclaves tous les Français qui ne jouissent pas des droits politiques, et c'est ainsi que son livre s'intitule : *De l'esclavage moderne*. Ses études sur l'état des personnes ne l'ont pas conduit à d'autre résultat, et cependant la vérité sautait aux yeux.

La différence qu'il n'a pas aperçue entre l'homme libre d'autrefois et le Français d'aujourd'hui, en quoi consiste-t-elle? Pourquoi tous les droits au premier? Pourquoi quelques-uns seulement au second? La raison en est bonne à connaître.

Dans l'ancien monde, d'après un terme moyen, les dix-neuf vingtièmes du genre humain étaient esclaves; du temps d'Aristote, il y avait à peu près une personne libre sur quarante; les vingt ou trente mille citoyens d'Athènes avaient quatre cent mille esclaves; on comptait de ceux-ci trois cent mille en Arcadie, quatre cent soixante et dix mille dans la petite île d'Égine; à la bataille de Platée, chaque Lacédémonien était accompagné de sept ilotes; à Rome, il n'était pas rare qu'un citoyen en possédât vingt mille. Il n'est pas étonnant qu'une société, composée de tels éléments, ait donné sans exception à la minorité tout ce qu'elle ôtait à la majorité; car si, après la monstrueuse distinction qu'elle faisait dans les personnes, elle en eût fait une autre dans les droits qu'elle concentrait sur si peu de têtes, elle eût réduit le nombre des citoyens au point de se détruire elle-même. Et, par exemple, elle a dû ignorer la distinction des droits civils et politiques; la dénomination de droit civil, chez les Romains, n'avait pas le même sens que chez nous; elle signifiait le droit national par excellence, sans acception de ses diverses parties. Aussi toute l'économie politique était calculée dans ce sens; après s'être déchargée sur l'esclave des soins de la vie vulgaire, elle réservait l'homme libre pour ceux de la cité; elle le préparait, de loin, aux grandes affaires du dedans et du dehors, et le tenait incessamment disponible pour la politique et la guerre; le citoyen absorbait l'homme : état pré-

Digitized by Google

cisément inverse du nôtre, où l'homme ne s'absorbe pas dans le citoyen. La condition servile ayant versé ses masses dans la condition libre, l'ancien système d'éducation politique, qui se pratiquait sur le petit nombre, a cessé d'être nécessaire et même possible dans une grande nation. Le premier effet de l'abolition de l'esclavage a été de charger l'homme devenu libre du poids de sa destinée; les besoins de l'individu et de la famille ont été les premiers dans la patrie moderne; personne n'y songeant pour nous, c'est à nous-mêmes d'y pourvoir, et notre éducation nous prépare aux professions plutôt qu'aux emplois. Autres hommes, autres principes, autre langage; tous ont la vie civile, quelques-uns la vie politique.

Voilà comment la distinction des droits civils et politiques est toute moderne, puisqu'elle a sa raison historique dans l'abolition de l'esclavage, et qu'elle en est l'effet. Tout au contraire de la cité antique, la nôtre ne distingue point dans les personnes, mais distingue dans leurs droits, et l'homme a pu devenir libre sans devenir citoyen. Il faut bien que cette vérité soit fondamentale, car, à la seule exception de la constitution de 93, laquelle ne compte ni dans la législation ni dans la science, nos régimes les plus divers depuis 1789 l'ont reconnue; elle est dans la constitution philosophique de 91, dans la constitution républicaine de l'an III; et, si ces deux actes donnent le titre de citoyen à tous les Français, ils distinguent ceux qui sont actifs de ceux qui ne le sont pas, maintenant ainsi dans les choses la distinction qu'ils effacent du langage. C'est l'article 7 du code civil qui, le premier, a séparé la qualité de Français de celle de citoyen, et placé celle-ci dans la compétence de la loi constitutionnelle; mais la différence n'est que dans les mots, et seulement pour la plus grande exactitude de la langue du droit; la chose reste la même, puisque les constitutions de 91 et de 93, tout en accordant le titre, réservent l'activité politique, et y mettent des conditions. C'est qu'en effet les droits civils suffisent rigoureusement à la liberté, puisqu'ils renferment les droits naturels dont ils ne sont que l'organisation par la loi positive. Je ne dis pas qu'ils satisfassent à tous nos besoins; la Charte est là pour dire ce qu'il nous faut de plus; mais cer-

Digitized by Google

tainement ils excluent l'esclavage; le code civil l'excluait sous le despotisme impérial, et aujourd'hui, sous le régime le plus libéral, les Français qui ne participent pas aux droits politiques participent néanmoins aux garanties qu'ils procurent; ces garanties sont l'œuvre de quelques-uns, et profitent à tous. C'est donc par un double contre-sens en histoire et en droit public que l'auteur du livre conclut l'esclavage de la preuve même de la liberté.

Non-seulement il y a liberté, mais il n'y a même pas privilége. Le privilége, nous l'avons vu, implique une préférence arbitraire de la loi positive; mais où est l'arbitraire dans la distinction des deux espèces de droits? En sommes-nous à ne plus sentir combien la différence des uns aux autres est dans la nature des choses?

Jouir de sa liberté, de sa sûreté, de sa propriété; être jugé selon son droit, n'être puni qu'en vertu d'une loi; contracter, tester, succéder : voilà ce qui est de l'homme et du Français; ce sont les droits civils. Exercer une portion quelconque de la puissance nationale, comme officier ou comme fonctionnaire, élire, être élu, obliger la foi publique comme témoin instrumentaire, participer à l'administration de la justice comme juré; voilà ce qui est du citoyen : ce sont les droits politiques.

Les droits civils sont la fin de la société; le gouvernement doit les protéger, sous peine de manquer aux conditions de son existence. Ils ne supposent aucune action; on les exerce bien moins au dehors qu'on n'en jouit chez soi et pour soi; l'homme, le chef de famille peut rester assis sur son foyer, sûr que la protection sociale viendra l'y chercher pour le couvrir.

Au contraire, les droits politiques ne sont pas la fin nécessaire de la société; aucun de nous n'est prédestiné par sa nature à faire des lois ou à les exécuter; il ne le peut qu'en vertu d'une délégation. Mais, une fois reconnu par la loi écrite, le citoyen est actif; c'est très-judicieusement que la constitution de 91 l'avait ainsi caractérisé; il sort de son domicile; il descend sur la place publique; il a des justiciables, des administrés; il a, à des titres divers, de l'autorité ou de l'influence sur les personnes ou la fortune d'autrui.

Digitized by Google

Dans l'état civil, l'homme est de plein droit le créancier de la société; elle lui doit des garanties. Dans la vie politique, le citoyen est de plein droit le débiteur de tous ceux dont il peut modifier l'existence; les garanties doivent venir de lui. Puisqu'il délibère, qu'il opine, qu'il donne un suffrage, il doit être capable; puisqu'il commande et qu'il gère, il doit être responsable.

Cette différence entre l'état passif du droit civil, dont toute la prétention est d'être protégé, et l'énergie du droit politique, qui agit en bien ou en mal sur les autres, a-t-elle été inventée, ou existe-t-elle par elle-même? Si elle existe, est-il légitime de mettre des conditions à l'exercice d'un droit actif? Ces conditions, attachées non à la qualité des personnes, mais à des positions sociales accessibles à tous, constituent-elles des priviléges? Non, sans doute; rien n'y ressemble moins. L'ordre politique n'est donc pas si coupable; voyons si l'ordre civil l'est davantage.

Ici le même procédé conduit l'auteur à une doctrine toute neuve. Son idée fixe étant de rattacher la condition de l'homme moderne à tout ce que l'antiquité et le moyen âge ont de plus odieux, un fil imperceptible lui suffit pour établir la liaison. Ainsi, dans la famille romaine, des esclaves vaquaient à tous les offices intérieurs; n'est-il pas évident que nos artisans et nos domestiques sont des esclaves? Ainsi encore le labourage a été, à deux époques successives, le partage à peu près exclusif, d'abord de l'esclave, ensuite du serf; comment ne pas reconnaître des esclaves et des serfs dans nos laboureurs? Que si le contrat par lequel l'homme moderne loue son industrie ou prend la terre à ferme est purement volontaire; si la condition des contractants, inégale peut-être dans l'ordre social, est d'une égalité parfaite dans l'ordre du droit; si même, au dire de M. Troplong (1), le bail à ferme est, relativement au colonage et à l'emphytéose, l'initiation du laboureur à la liberté, cette objection n'arrête point l'auteur. Il nie le contrat volontaire, parce qu'il nie la liberté du consentement; *cette liberté*, selon lui (2), *n'est que fictive; le corps n'est point esclave,*

(1) Préface du *Contrat de louage*.

(2) Page 52 de l'*Esclavage moderne*.

Digitized by Google

mais la volonté l'est. Et la volonté est esclave, *quoique exempte de contrainte directe, parce qu'elle est habituellement soumise à une autre sorte de contrainte, à une contrainte morale souvent absolue* (1). En effet, le domestique est dans la dépendance du maître, le fermier du propriétaire, l'artisan du capitaliste. Vous entendez, jurisconsultes : voici un nouveau principe qui demande l'entrée dans votre science. Jusqu'ici le consentement de la partie qui s'oblige ne pouvait être vicié que par l'erreur, la violence ou le dol; doctrine incomplète : il peut l'être encore par la contrainte morale, et il y a contrainte morale partout où il y a inégalité naturelle ou sociale, subordination, hiérarchie; bien plus : sans trop presser les conséquences de ce système, on finit par trouver la contrainte morale entre deux contractants d'égale condition, dont l'un a besoin de l'autre; car enfin, ce besoin exerce une certaine contrainte sur la volonté; le vendeur a besoin d'argent, l'acheteur a besoin de l'objet qu'il achète; la contrainte, ainsi entendue, n'est autre chose que le motif même qui nous détermine, et l'on arrive à nier que notre volonté soit libre, toutes les fois qu'elle a un motif; en d'autres termes, on applique aux contrats en particulier le sophisme de la nécessité dans nos déterminations en général. Ce n'est rien moins que la négation du libre arbitre, et il n'y a plus de convention possible. Mais la plus grande merveille du système, c'est de rendre le législateur coupable de la dépendance naturelle des conditions, et du prétendu esclavage où elle met la volonté; si le capitaliste est capitaliste, si l'ouvrier est ouvrier, c'est le crime du législateur. Car telle doit être la conclusion de l'auteur, pour que son invective contre nos lois ait un sens.

Admirez sa justice : en même temps qu'il reproche au législateur les choses impossibles qu'il ne fait pas, il ne lui tient aucun compte des grandes choses qu'il a faites. Peut-être cependant, quand on n'hésite pas à porter ce terrible procès devant des juges aigris par la souffrance, eût-il été convenable, en articulant des crimes imaginaires, de ne pas taire des

(1) Pages 47 et 48.

bienfaits réels. Et, par exemple, quand on remplit de fiel le cœur de l'artisan, pourquoi ne pas lui apprendre que s'il a aujourd'hui l'usage de ses mains, il a fallu un texte pour le lui rendre, et que ce travail, dans lequel on affecte de lui montrer une servitude, serait encore, sans la loi du 2 mars 91, un droit royal qu'il ne pourrait exercer qu'en vertu d'une permission? Pourquoi ne pas lui dire que la liberté d'industrie elle-même n'eût été qu'une vaine déclaration sans la liberté de la concurrence, et que l'article 419 du code pénal, en menaçant quiconque altérerait l'équilibre naturel de la production et de la consommation, est venu compléter le bienfait, ou, si l'on veut, l'acte de justice, et mettre le droit naturel sous la protection du droit criminel? L'égalité des partages, la division des terres qui en résulte, et le nombre des propriétaires quintuplé depuis 89, méritaient bien aussi une mention de la part d'un censeur qui se pique d'être juste. La France a un mérite dont il faut la louer plus que d'avoir aboli le privilége de primogéniture en l'an II, époque où l'entraînement était irrésistible vers les idées d'égalité; c'est d'avoir empêché de le rétablir en 1826, alors que l'entraînement se déclarait dans un sens contraire. Voilà, si je ne me trompe, le seul exemple d'un législateur monarchique, à qui, dans la crise d'une réaction, on présente l'appât des pouvoirs intermédiaires, et qui résiste, par scrupule constitutionnel, à la tentation de reconstruire une aristocratie. Le gouvernement de juillet a achevé cette œuvre de réparation par sa loi du 12 mai 1835 sur les majorats; mais il n'a pas eu besoin du même courage; il n'a fait que suivre sa pente naturelle.

Bénissons nos lois, et de leur fidélité au principe de la Charte, et de la mesure qu'elles gardent dans leur fidélité même. Une justice à rendre à notre droit commun depuis plus de cinquante ans, et à l'application qu'on en fait, c'est que son zèle pour la règle constitutionnelle ne l'emporte jamais au delà de la limite : il a la religion de l'égalité, il n'en a pas la superstition. Si quelquefois la limite est franchie, il revient presque aussitôt sur ses pas; il a la sagesse de reconnaître que l'égalité devant la loi, loin d'exclure l'inégalité naturelle,

la suppose; il fait acception de celle-ci comme d'un élément essentiel de la justice. Citons-en quelques exemples.

L'industrie est libre : voilà l'égalité des hommes devant la loi; mais la concurrence aussi est libre : voilà l'inégalité entre eux. Car toute concurrence implique l'inégalité des concurrents, et la loi ne l'entend pas autrement, puisqu'elle répute légitimes les résultats de la lutte, et qu'elle les consacre sous le nom de droits acquis.

Les Français sont tous admissibles aux emplois civils et militaires : voilà l'égalité devant la loi. Mais, pour être admis, ils ont à remplir des conditions d'âge, de capacité, de services; voilà l'inégalité naturelle.

Ils contribuent indistinctement aux charges de l'État : voilà encore l'égalité légale; mais la Charte ajoute : *dans la proportion de leur fortune,* voilà l'inégalité des richesses; et elle est si grande, que le problème le plus difficile de l'impôt, problème peut-être insoluble, est d'observer dans sa répartition la proportion exacte des fortunes.

Le code civil donne des règles sur la manière d'apprécier la violence, comme vice du consentement; son article 1112 recommande d'avoir égard *à la condition des personnes.*

Il a à opter entre l'affirmation du maître et celle de l'ouvrier ou du domestique, sur la quotité des gages et le payement du salaire; la préférence que l'ancien régime accordait au noble, c'est-à-dire à la qualité de la personne, l'article 1781 la donne au maître, c'est-à-dire à la position sociale.

Deux procès sont pendants devant un juge; dans chacun d'eux on se plaint d'injures, pour obtenir soit une condamnation criminelle ou civile, soit une séparation de corps; on allègue les mêmes propos, les mêmes faits, les mêmes sévices; mais les parties sont de condition différente. Que fera le juge? S'il se pique d'observer une égalité absolue, les deux procès recevront une décision uniforme; il verra l'injure dans le procédé ou dans la parole, sans acception des personnes. Mais s'il entend l'égalité dans un sens relatif (et c'est le parti qu'il prendra), il pourra rendre deux décisions contraires en apparence; car, pour lui, l'injure sera, non dans l'articulation du

mot, mais dans la pensée de celui qui le prononce et dans la sensibilité de celui à qui on l'adresse.

Et remarquez que dans tous ces exemples où l'inégalité naturelle et sociale est prise pour règle, elle l'est comme unique moyen d'être juste; refusez de la reconnaître, et la justice est blessée. Tant il est vrai que l'égalité devant la loi est elle-même intéressée à ce que l'on se prête à l'inégalité selon le monde, et que l'on compose avec elle!

Nous avons, dans la loi du 17 nivôse an II, un exemple mémorable du procédé contraire, c'est-à-dire du principe poussé à l'excès. La constitution de 93 venait, il y avait à peine six mois, de déclarer que les hommes étaient égaux par la nature, quand le législateur de l'an II se crut appelé à venger la nature même de toutes les violences qui lui avaient été faites. Dans ce but, il fit deux choses : d'abord il décréta l'égalité des partages; ce qui était dans son droit et dans son pouvoir; ensuite, il défendit de l'altérer par des libéralités au profit des successibles; ce qui n'était ni dans son pouvoir ni dans son droit. Son erreur était de croire qu'en ceci il prévenait le rétablissement de l'inégalité, sans s'apercevoir qu'il entreprenait une lutte insensée, dans laquelle il était inévitable qu'il succombât. De famille à famille, la différence des facultés et des destinées individuelles suffisait pour déjouer toutes ses précautions. Il allait d'ailleurs directement contre son but : au-dessus de cette égalité étroite qu'il plaçait dans la balance des lots, il y a une autre égalité plus large et plus vraie dans l'équilibre des conditions des enfants; loin de favoriser cette dernière égalité, il la rendait impossible en ôtant au père de famille le moyen de corriger les torts de la nature ou de la fortune, et il arrivait qu'en réalité, c'est l'inégalité de fait qu'il protégeait par l'excès de l'égalité dans le droit. La loi du 4 germinal an VIII et le code civil ont mieux servi cette noble cause, en rétablissant la faculté de disposer au profit des enfants.

Cette thèse de l'égalité devant la loi, lieu commun de morale et de législation, s'est rajeunie de nos jours par la passion et le sophisme, au point de devenir une des plus redoutables que

pût agiter la société moderne; elle touche à ses intérêts les plus sacrés : au droit public, par la Charte; à la philosophie religieuse, par la condition que Dieu nous a faite; à la morale, par nos devoirs d'hommes et de citoyens. Gardez-vous de la prendre pour une spéculation oiseuse; jamais doctrine ne fut plus pratique; dites, si vous voulez, qu'elle se forme dans des nuages, mais dans des nuages gros de la tempête. Telle que l'ont faite nos dernières révolutions, elle a pris un caractère neuf et terrible. Elle n'a pas la justice que nous reconnaissions tout à l'heure à la cause du plébéien de Rome, car elle calomnie une législation humaine, et apprend à haïr ce qui mérite d'être aimé. Elle a des périls que n'avait pas le célèbre paradoxe du XVIIIe siècle : Rousseau, dans ses luttes académiques, attaquait peu les lois positives; il préconisait l'état antésocial à l'encontre de l'état social, et le danger n'était pas que les masses s'éprissent de sa passion pour la vie sauvage. L'école nouvelle, au contraire, est moins académique que militante; elle descend dans l'arène; elle y prend corps à corps le législateur constitutionnel; elle fait arme de tout contre lui, de la discussion, du prosélytisme, de la popularité; elle attire à elle quiconque se plaint, ou plutôt elle va le chercher dans l'atelier ou sous le chaume; là, les sympathies qu'elle laisse paraître sont d'une étrange nature : elles irritent au lieu de consoler. Elle flatte en lui notre penchant à nous débarrasser de la responsabilité de nos maux; elle lui en montre l'auteur dans son voisinage, à ses côtés, sous sa main; elle l'habitue à l'idée des remèdes violents et héroïques, et lui en donne la tentation. Elle le dispense de la résignation et du courage, ces premières vertus du malheur; elle l'amène ainsi au dégoût du travail, tout en lui persuadant que c'est le travail qui s'éloigne de lui; après en avoir fait un sophiste, elle en fait un lâche et un séditieux. C'est la fable des Titans renversée; au lieu d'escalader le ciel, elle mine les sociétés humaines; elle creuse au-dessous de tous les fondements; elle sape, non-seulement la loi, mais la Charte; non-seulement la Charte, mais l'état social; non-seulement l'état social, mais l'économie du monde; avec elle la création a tort, et l'humanité est à refaire. Voilà

les esprits auxquels la vérité doit se faire entendre. « La plupart des lecteurs, disait Montesquieu il y a moins d'un siècle, sont des gens modérés; on ne prend guère un livre que lorsqu'on est de sang-froid (1). »Plût au ciel! Dans cet âge d'or, que Montesquieu a connu sans doute, il paraît qu'en effet le lecteur était de sang-froid; c'est le livre qui l'animait. Les temps sont bien changés; aujourd'hui la passion est chez le lecteur, c'est au livre à le calmer.

(1) *Défense de l'Esprit des lois.*

Digitized by Google

TITRE DEUXIÈME.

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE.

« La liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit. » (Art. 4 de la Charte)

De tous les droits proclamés par la Charte, un seul s'établit par sa propre évidence et sans le secours de la discussion philosophique. L'égalité devant la loi est rarement bien entendue, elle a besoin d'explications. Le droit de propriété a sa métaphysique, il a besoin d'étude; aucuns le nient, il a besoin de preuve. Il est des consciences que la liberté même de conscience étonne et scandalise; il faut leur démontrer qu'elle est selon Dieu. Il est des esprits qui ne voient point un droit naturel dans la liberté de la presse, il faut leur ouvrir les yeux; il en est qu'elle épouvante, il faut les rassurer. Mais la liberté individuelle est acceptée sans discussion et acceptée de tous; seule elle peut se passer de démonstration philosophique; c'est la liberté sous sa forme la plus sensible, elle se résume dans la faculté de se mouvoir; et pour le vulgaire, être libre, c'est aller et venir, c'est n'être pas emprisonné. Dans cet acquiescement universel, que reste-t-il donc à faire pour une liberté aussi évidente? Ce qui reste à faire? Rien en droit na-

turel, tout en droit public; rien pour le principe, tout pour sa garantie; la garantie de la liberté individuelle est beaucoup plus dans les mœurs que dans les lois, quand le vœu de la Charte est qu'elle soit dans les textes autant que dans les esprits. Envisagé sous ce point de vue, ce sujet offre deux questions à examiner : En quoi gît la garantie de la liberté individuelle? ou, ce qui revient au même, à quel pouvoir appartient le droit d'arrestation? Cette première question résolue, quel est le droit du citoyen dans le cas d'une arrestation illégale? Ainsi réduit à la question constitutionnelle, et dégagé des questions de procédure criminelle qui n'entrent point dans notre sujet, ce titre, le plus important de notre première partie, en sera aussi le plus court.

§ Ier. De la garantie de la liberté individuelle, ou du pouvoir auquel appartient le droit d'arrestation.

L'article 4 de la Charte a bientôt dit : *La liberté individuelle est garantie.* Mais ce grand mot, pour tenir ce qu'il promet, devrait avoir un autre complément que celui-ci : *personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.* Hâtons-nous de dire à quel point cette formule est vicieuse.

Le premier souci de la doctrine constitutionnelle est que le droit naturel auquel est due la garantie ne soit pas à la merci du droit positif qui la doit. Ce serait le plus grand péril pour la liberté et un contre-sens dans la Charte. J'accuse de ce contre-sens son article 4; en permettant, sans autre explication, l'arrestation d'un citoyen dans tous les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit, il dit équivalemment qu'il en sera de la liberté individuelle ce qu'il plaira à la loi. Cette rédaction est d'autant plus remarquable, qu'elle a été proposée presque dans les mêmes termes pour le droit de propriété, et repoussée comme renfermant à elle seule toute une révolution sociale. Robespierre, dans un travail particulier sur les droits de l'homme, avait défini la propriété le droit de jouir de la portion de biens *qui nous est assurée par la loi.* La

constitution de 93, tout en adoptant les autres parties de son travail, rejeta celle-ci, et reconnut à la propriété une origine plus haute que la loi. La Charte suit la même voie, elle traite avec respect la propriété, elle reconnaît l'excellence de sa nature, elle la déclare *inviolable*, et la place dans le sanctuaire du droit naturel. Ainsi du code civil, dont l'article 544 ne parle de ses limites qu'après avoir proclamé en elle un droit *absolu*. La jurisprudence a le même esprit; dans les conflits de l'autorité judiciaire et administrative, les questions de propriété sont renvoyées aux tribunaux civils, comme au plus parfait de nos pouvoirs, comme au gardien le plus sûr de ce qui est inviolable. Mais s'agit-il de la liberté individuelle, la Charte change de langage; elle ne la fait connaître que par ses limites; elle ne rappelle aucun principe antérieur; elle ne parle de la garantie que pour la livrer à la loi positive, et elle croit avoir satisfait au droit, en assurant à chacun de nous la portion de sa liberté que la loi n'aura point voulu prendre, exactement comme Robespierre ne nous assurait que la portion de nos biens qu'elle nous aurait mesurée.

C'est une étrange subversion d'idées, de traiter la liberté individuelle moins bien que la propriété. Elles sont sœurs germaines, mais celle-là est l'aînée; elle précède celle-ci dans l'ordre philosophique; la théorie dérive la propriété primitive de l'exercice de nos facultés, qui n'est autre chose que la liberté individuelle. L'opprimer, ou seulement la laisser découverte, c'est neutraliser la liberté humaine tout entière.

De la Chalotais avait raison de dire : « N'avoir pas la propriété de ses biens, c'est être esclave; n'avoir pas la liberté de sa personne, c'est le plus grand esclavage que les lois civiles connaissent. Ce degré de la dégradation de l'humanité suppose le plus grand despotisme. » Pourquoi donc y a-t-il moins de précaution où il y a le plus grand besoin? D'où vient cette inconséquence? Elle ne date pas seulement de nos jours : de tous temps les peuples ont eu plus de passion et les législateurs plus de sollicitude pour la propriété que pour la liberté individuelle; nous avons toujours fait meilleur marché de nos personnes que de nos biens, et nous nous consolons plus faci-

Digitized by Google

lement de la prison que de l'amende. L'ancien régime, qui, sans garantir la propriété, se faisait un scrupule de la violer, se jouait de la liberté des personnes avec une légèreté que nous taxerions aujourd'hui de cynisme.

Le problème de la garantie ne peut se poser nettement qu'en ces termes : A qui du gouvernement ou du pouvoir judiciaire appartient le droit d'arrestation? C'est dans ces termes qu'il a été posé, partout où la liberté individuelle a été prise au sérieux; l'Angleterre ne l'a compris qu'entre les tribunaux et la couronne, et le mérite de l'*habeas corpus* est d'établir solidement au profit des premiers le droit de connaître de toutes les arrestations. L'article 4 de la Charte dit que l'arrestation aura lieu dans les cas et dans les formes déterminés par la loi; mais cette réponse laisse tout en question. La moindre chose est de connaître les cas et les formes de l'arrestation; l'essentiel est de savoir qui l'ordonnera. Car, si parmi les pouvoirs qui se disputent le droit redoutable d'appliquer la règle, il en est un à qui toute règle soit antipathique, et qui ne renonce jamais à alléguer la raison d'État, le salut public, le *caveant consules*, toute la sagesse de la loi sera vaine; la Charte n'aura rien fait, si elle ne commence par exclure de la garde du dépôt l'ennemi contre lequel il faut le défendre. Qu'elle l'exclue par une désignation nominative, ou, si on le préfère, par la proclamation d'une vérité de droit naturel, avec laquelle il est incompatible; par exemple, en déclarant la liberté de la personne inviolable comme la propriété; peu importe, pourvu que la disposition constitutionnelle se réserve la garantie, et ne s'abdique pas elle-même en s'en déchargeant sur le législateur, en donnant la loi comme règle, au lieu de faire la règle à la loi; c'est seulement à ce prix qu'elle sera constitutionnelle. Il est donc vrai que de toutes les conditions de la garantie, l'article 4 omet précisément la plus importante.

J'ai à cœur de montrer comment cette mauvaise rédaction est entrée dans notre droit public, et quels fruits elle y a portés. Les faits ici vaudront mieux que les raisonnements.

Les lettres de cachet avaient diversement frappé les esprits.

Digitized by Google

Les uns, et c'était le plus grand nombre, étaient surtout choqués de leurs effets extérieurs, de la facilité avec laquelle ces projectiles de l'arbitraire se lançaient par milliers et frappaient au hasard. Elles se délivraient en blanc, et circulaient de main en main, comme des bons au porteur auxquels on devait livrer sa personne. L'effet immédiat de leur formule ordinaire : *Dieu vous ait en sa sainte et digne garde!* était de vous jeter dans une prison d'État pour une cause inconnue et un temps indéfini. Mais les esprits plus éclairés et plus pénétrants, par une sorte d'anticipation sur 89, voyaient en elles bien moins une question de forme qu'une question de pouvoir; l'abus qu'en faisaient les bureaux n'était pour eux qu'un effet, dont la cause était dans l'incompétence radicale du pouvoir qui en était si prodigue. Aussi s'attachaient-ils moins à régler dans ses mains le droit d'arrestation qu'à le lui ôter, pour le remettre aux tribunaux. L'esprit judiciaire, malgré les imperfections de l'ordonnance de 1670, inspirait seul quelque confiance, par son habitude de restreindre l'arrestation aux cas de crime ou de délit. La magistrature se pénétrait des notions de droit naturel, et inclinait vers les idées libérales ; les criminalistes commençaient à faire, sur la délivrance des mandats, des réflexions pleines de scrupules et dignes de l'époque constitutionnelle; on trouve à peine dans leurs ouvrages quelques rares mentions des lettres de cachet, et ce silence accusateur doit être compris : ils n'osaient les combattre, ne voulaient point les préconiser, et renonçaient à leur trouver des règles. Aussi partout où elles ont été ouvertement attaquées, dans le livre de Mirabeau, dans les immortelles remontrances que fit entendre Malesherbes au nom de la cour des aides, la pensée dominante était qu'elles servaient à se cacher des tribunaux, dont on n'osait affronter les scrupules. Les personnages puissants mettaient leur point d'honneur à ne pas se compromettre devant eux : « Tout homme un peu considérable, disait la cour des aides, dédaigne de demander la réparation d'une injure à la justice. » La lettre de cachet était plus traitable et de meilleur ton.

Telle était la disposition des esprits aux approches de 89;

Digitized by Google

la lutte était établie, dans l'opinion, entre le gouvernement et le pouvoir judiciaire, quand les états généraux furent convoqués. Les cahiers, et notamment ceux de Paris, traduisirent ce besoin de justice par la formule même qui, de constitution en constitution, s'est perpétuée jusqu'à notre Charte; on demanda de toutes parts que le droit d'arrestation ne s'exerçât que *dans les cas prévus et dans les formes prescrites par la loi*, et l'on crut avoir trouvé un infaillible remède au mal. Cette illusion est ordinaire dans la première ferveur de l'ordre légal, lorsque l'instinct encore indécis de notre régime ne distingue pas entre l'émanation directe du droit naturel et l'expression quelquefois inexacte que lui donne le législateur; on voit alors dans la loi non une forme nouvelle, dont on peut abuser comme de toute autre, dont le mérite est de rendre le despotisme plus difficile, non impossible, qui peut même lui aller, et qui le consacre, quand elle se laisse usurper par lui, mais le criterium du bien et du juste. Cette dévotion à une forme est une superstition très-réelle, qui fausse les idées du peuple et détruit les scrupules du législateur, en lui persuadant que, pour faire le mal en sûreté de conscience, il suffit de porter sur soi cet amulette. On croyait qu'en possédant la loi, on échappait pour toujours à l'arbitraire; mais l'illusion ne dura pas longtemps.

La première expérience fut terrible et décisive; je la prends en 93. Que les dévots à la forme légale m'expliquent la formule *hors la loi;* cette monstrueuse pétition de principe devrait, ce semble, détromper ceux qui pensent que la loi recèle la garantie: la garantie qui peut se retirer n'est pas une garantie. La loi qui met hors la loi est une enceinte, où l'on est reçu, d'où l'on est chassé, comme ces malheureux Irlandais, dont parle Lally-Tolendal (1), qui, pour indiquer leur situation géographique relativement à l'Angleterre, avaient coutume de dire : *Nous sommes à l'ouest de la loi.* Ne dites pas que cette formule ne conclut rien contre le régime constitutionnel, parce qu'elle appartient au gouvernement révolutionnaire; elle est antérieure

(1) Dans son *Histoire de Strafford.*

au gouvernement qui s'intitulait ainsi, et elle lui a survécu; on la retrouve sous le régime régulier de l'an III, on la retrouve jusque dans la loi du 14 fructidor an V, qui l'abolit; on la retrouve au 18 fructidor, quelques jours après son abolition; on en retrouve au moins la menace au 18 brumaire. C'était, dans le langage du temps, la manière de remettre le droit d'arrestation au gouvernement. Toutefois cette formule odieuse était un hommage à la loi même, à laquelle elle reconnaissait un charme qu'il fallait rompre.

Mais pourquoi se donner la peine de mettre hors la loi, quand la loi est un instrument si élastique? On le sentit bientôt; on en avait sorti ceux que l'on voulait perdre; on les y rentra, et ils n'en furent que plus régulièrement opprimés. La loi sur les suspects, antérieure au gouvernement révolutionnaire, fut une loi véritable, et c'est afin que ce caractère se prononçât davantage en elle, qu'on lui donna pour rapporteur le premier des jurisconsultes contemporains. La main du jurisconsulte se reconnaît à l'étrange idée de convertir le soupçon politique en présomption de droit; on n'était point suspect par son fait personnel; on l'était collectivement, on l'était comme enveloppé dans une catégorie de la création de la loi; on y était réputé haïr ce qu'il fallait aimer, ou aimer ce qu'il fallait haïr. Tout suspect était dévoué à l'arrestation; le droit de le baptiser de ce nom terrible appartenait à des comités de surveillance, embrasés de toutes les passions du moment, et composés de Syllas subalternes, dont chacun avait ses tablettes à remplir. Les lettres de cachet étaient moins redoutables; cependant, si la liberté individuelle n'est qu'une question de droit positif, je me charge, avec la formule de l'article 4, de justifier la loi des suspects : les suspects n'étaient-ils pas arrêtés dans les cas prévus par la loi? dans les formes prescrites par la loi? par un pouvoir autorisé de la loi? Le texte de la Charte à la main, je tiens la proscription de 93 pour irréprochable.

La loi s'était si mal acquittée de sa fonction tutélaire, elle s'était si complaisamment retournée contre le droit qu'elle était chargée de défendre, qu'on cessa de croire à la loi, à son efficacité, et à la possibilité de la garantie. La lassitude que laisse

après elle une passion malheureuse pour la liberté est le commencement du scepticisme constitutionnel; on ne voit d'alternative qu'entre l'anarchie et le despotisme, et la constitution change de nature; elle se subordonnait au droit naturel; elle passe dans une autre classe, et ne poursuit d'autre but que l'ordre. L'acte du 22 frimaire an VIII est de ce nombre; le passage de la première à la seconde espèce de constitution s'y fait brusquement; on y sent une politique sans foi qui, dans son travail d'organisation, ne se pique que de vigueur et d'habileté. Les principes de l'assemblée constituante ne sont plus que de l'idéologie; point de déclaration de droits; nulle mention de la liberté individuelle, si ce n'est pour la remettre au gouvernement, article 46 : « Si le gouvernement est informé qu'il se trame quelque conspiration contre l'État, il peut décerner des mandats d'amener et des mandats d'arrêt contre les personnes qui en sont présumées les auteurs ou les complices. » Ainsi, l'arme que toutes les puissances de l'opinion avaient arrachée à l'ancien régime, quelques lignes de l'acte de l'an VIII la livrent au gouvernement consulaire; c'était rétrograder aux lettres de cachet; c'était pis, car ce qu'on avait appelé arbitraire chez l'un prenait chez l'autre la couleur constitutionnelle; à la vérité, on ne vous demande votre liberté que pendant dix jours; dix jours : qui marchanderait pour si peu? Que si, les dix jours expirés, vous n'êtes ni mis en liberté ni traduit devant les tribunaux, voici la voie facile que l'on vous ouvre vers la justice; vous vous plaignez au tribunal, on suppose que le tribunal s'émeut; il dénonce le ministre au corps législatif, on suppose que le corps législatif s'émeut; il délibère, il met le ministre en accusation; on compose tout exprès pour vous une haute cour impériale, et c'est alors, pauvre captif, qu'après avoir, du fond de votre prison, entassé Pélion sur Ossa, vous pouvez espérer qu'il sera question de vous devant la haute cour.

Deux ans plus tard, le délai de dix jours parut d'une précision gênante; et l'article 55 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X, transporta au sénat le droit de déterminer le temps dans lequel les personnes arrêtées, en vertu de l'article 46 de la con-

stitution, seraient traduites devant les tribunaux ; le délai était fixe, il devint indéfini.

Deux ans plus tard encore, en l'an XII, nouveau perfectionnement; il n'était absolument impossible ni que le tribunat eût la hardiesse de dénoncer, ni que le corps législatif eût celle d'accuser; le sénatus consulte organique de l'an XII y pourvut. L'essentiel était que la plainte ne parvînt pas directement au tribunat, et qu'elle eût à franchir un intermédiaire avant d'y arriver. L'imagination dont on s'avisa est un véritable sujet d'étude. On institua dans le sein du sénat (du sénat, vous entendez?) une commission dont le titre annonçait un pouvoir protecteur; on l'appela *commission de la liberté individuelle*, et dont la destination réelle était d'amortir la plainte, en épaississant les murs du cachot. La plainte s'adressait à la commission, elle y subissait un examen préalable, dont l'esprit était déterminé par l'article 62 du sénatus-consulte, dans des termes fort remarquables : « Lorsque la commission estime que la détention prolongée au delà des dix jours de l'arrestation *n'est pas justifiée par l'intérêt de l'État!....* » L'intérêt de l'État, ce mot est caractéristique, et le despotisme y est pris sur le fait. Le voilà bien, ce droit collectif que nous avons signalé comme le contraire du droit individuel; quand on mesure la légitimité d'un acte à l'intérêt de l'État, c'en est fait de la liberté; c'en est fait de tous les droits qui ont leur siége dans l'individu, de la propriété, de la conscience, de la pensée, de la vie; il n'en est pas un qui ne s'y abîme. Si l'arrestation ne paraissait pas justifiée par l'intérêt de l'État, la plainte parcourait une suite de degrés, à chacun desquels elle pouvait s'arrêter : la commission faisait au ministre trois invitations, à dix jours d'intervalle; le ministre ne tenant aucun compte des invitations, la commission s'adressait au président du sénat; le président convoquait sa compagnie, et la compagnie pouvait enfanter la déclaration suivante : *Il y a de fortes présomptions que N*** est détenu arbitrairement*; c'est après toutes ces façons que la plainte arrivait au tribunat, et que, du tribunat au corps législatif, du corps législatif à la haute cour, tout le reste de l'engrenage commençait à se mouvoir.

Le despotisme ordinaire s'empare de tout, comme de son

bien; le despotisme de l'an VIII a cela de propre, que, se trouvant à une époque de transition, il se croit encore obligé de dissimuler; toute la différence est dans l'hypocrisie. Il ne nie pas votre droit, et, sans le proclamer formellement, il le suppose par les formes qu'il donne à votre réclamation, seulement il commence par le prendre; votre droit une fois dans sa main, allez l'y chercher, il vous le permet; mais sa permission ressemble à un défi; pour tenter l'entreprise, il vous donne le monde à soulever. Il faut qu'un héros sorte des rangs, se dévoue, et arrache au monstre sa proie, au risque d'en être dévoré. Sous le régime de la garantie, l'autorité de la justice est l'intermédiaire auquel doit nécessairement recourir quiconque veut atteindre la liberté individuelle; le gouvernement n'y toucherait pas sans attentat. Le gouvernement consulaire et impérial (car c'est tout un à mes yeux) s'en adjuge la possession provisoire, et fait de sa revendication, par la partie lésée ou par les grands corps de l'État, un acte de courage, moralement très-difficile, politiquement presque impossible. C'est son procédé habituel. Ainsi, s'agit-il pour lui d'usurper le pouvoir législatif, il s'en empare tout d'abord, et attend dix jours que le tribunat dénonce, et que le sénat annule l'acte usurpateur; si le miracle de la dénonciation et de l'annulation ne s'accomplit pas, le gouvernement prescrit par dix jours ce qui ne se prescrit pas par des siècles. Est-il question de la liberté de la presse, il la traite précisément comme la liberté individuelle; il la séquestre, et lui donne aussi sa commission sénatoriale dans laquelle il l'ensevelit. Cette manière de procéder, en s'adjugeant le provisoire, va bientôt se retrouver dans la jurisprudence.

La législation secondaire régla en conséquence les deux grandes circonstances qui importent à la liberté individuelle, l'arrestation et la détention. En 1808, le code d'instruction criminelle fit participer au droit d'arrestation les commissaires généraux de police, en leur donnant une place parmi les officiers de police judiciaire. L'institution des commissaires généraux datait de la loi tout administrative du 28 pluviôse an VIII (1),

(1) Art. 14.

qui les subordonnait aux préfets; ils pouvaient correspondre directement avec le ministre de la police, avec obligation d'exécuter ses ordres. Cette subordination aux préfets, cette obligation d'exécuter les ordres du ministre, disaient assez si c'était de l'esprit judiciaire qu'on entendait les animer. Aussi leur intrusion dans la procédure criminelle fut-elle une altération profonde de la loi commune, et une aggravation du droit exorbitant que l'article 46 de la constitution attribuait aux ministres; car ce droit était borné par l'article 46 au cas de conspiration contre l'État; mais il s'élargit dans les mains des commissaires généraux, au droit desquels il venait se joindre, et put dès lors s'étendre à tous les délits. La police administrative avait ainsi un œil et une main dans la police judiciaire, et ne se mêlait pas à elle sans se l'assujettir : car si, d'une part, l'article 9 du code d'instruction voulait que la police judiciaire s'exerçât sous l'autorité des cours royales, de l'autre, l'article 14 de la loi du 28 pluviôse an VIII subordonnait au préfet et au ministre le commissaire général, qui ne s'en appelait pas moins officier de police judiciaire, et si ces deux autorités rivales venaient se heurter dans sa personne, le caractère administratif de ses actes le défendait contre la cour royale.

En 1810, le code pénal fit du droit de détenir ce que le code d'instruction venait de faire du droit d'arrêter. Son article 120 autorise les gardiens à recevoir un prisonnier *sur l'ordre provisoire du gouvernement;* de cette manière, arrestation et détention, le système embrassa tout, et la liberté individuelle fut entièrement soustraite à la protection de la justice.

L'ordre des dates nous conduit au fameux décret de 1810 sur les prisons d'État; mais les dates mêmes fournissent ici un rapprochement que nous ne passerons pas sous silence. Le décret est du 3 mars; à cinq jours d'intervalle, le 8, on trouve la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, comme si ces deux actes faisaient partie de la même pensée. L'un immole la liberté individuelle de la manière que voici : « Considérant qu'il est un certain nombre de nos sujets détenus dans les prisons d'État, sans qu'il soit convenable *ni de les faire traduire devant les tribunaux*, ni de les faire mettre en liberté... » L'autre proclame

le principe contraire dans son article 1er : « L'expropriation pour cause d'utilité publique *s'opère par l'autorité de la justice.* » L'autorité de la justice, remarquons-le à son éternel honneur, est reconnue par le despotisme comme véritablement tutélaire, comme éminemment propre à garantir : ce qu'il consent à ne pas prendre, il le lui confie ; ce qu'il se réserve, il le lui retire ; car avec elle on serait trop fort contre lui. Dans ce partage, c'est à la propriété des biens qu'échoit l'autorité protectrice ; c'est sur la liberté des personnes que tombe l'arbitraire. Nous avons déjà constaté cette nuance dans le despotisme.

On a très-justement maudit le décret de 1810 ; le sénat, qui n'avait osé le toucher dans la prospérité de l'empereur, l'a placé en 1814 au nombre des griefs qui justifiaient sa déchéance. Mais les amis de la liberté ont concentré sur lui toute leur colère. Il n'est cependant pas plus détestable que l'article 46 de la constitution de l'an VIII, ni que l'article 60 du sénatus-consulte de l'an XII. Son principe est dans les actes qui le précèdent, dans l'article 9 du code d'instruction, de qui il a bien pu dépendre de donner aux commissaires généraux de police la qualification d'officiers de police judiciaire, sans leur en donner l'esprit ; et dans l'article 120 du code pénal, qui permet de détenir un prisonnier en vertu d'un ordre provisoire du gouvernement. Le décret de 1810 n'est qu'une conséquence, et une conséquence bien déduite ; il a de plus la franchise du principe dont il sort ; il a la dérision de moins ; il renonce aux simagrées impies de l'an VIII et de l'an XII. Est-ce là son tort ?

C'est dans cet état de détresse que la Charte de 1814 a trouvé notre droit public. Nous avions échangé les idées de la Constituante contre celles du consulat, la croyance dans les droits de l'homme contre les combinaisons de l'ordre et de la force ; la Charte rouvrit la première école, celle des principes libéraux ; mais nous n'y rentrâmes pas comme nous en étions sortis ; nous traînions cette fois le bagage de l'empire. Si l'ancienne formule ressuscitée par la Charte : *Nul ne peut être arrêté que dans le cas et selon les formes déterminés par la loi*, compatit avec les textes impériaux, c'est ce que nous dirons tout à l'heure ; auparavant, voyons la formule à l'œuvre, et à l'œu-

vre sous la restauration. Continuons notre revue du passé.

La restauration, malgré l'enseigne qu'elle avait arborée, n'était pas de complexion constitutionnelle. Elle succomba bien vite à la vulgaire tentation de suspendre les garanties; trois fois, dans son existence de quinze ans, elle eut recours à ce lieu commun du despotisme : au milieu d'un peuple qui ne demandait qu'à se rasseoir, elle allégua la nécessité de se sauver. Trois lois du 29 octobre 1815, du 12 février 1817, du 26 mars 1820, ont remis au gouvernement le droit d'arrestation et de détention, et tel est l'état de l'opinion en France, que dès que ce droit est remis au gouvernement, on dit que la liberté individuelle est suspendue; on ne la croit en sûreté que dans les mains de la justice. Jugez ici la formule de l'article 4, et dites si elle renferme la garantie; la garantie a été suspendue, non pas malgré la formule et en la violant, mais par elle et à son moyen. M. Bellart, qui fut pour la loi de 1815 ce que Merlin avait été pour la loi des suspects, donne en ces termes la raison de la voter (1): « L'article 4 de ce grand contrat, dit-il en parlant de la Charte, laisse à la loi *le droit indéfini* (entendez bien cela) de régler tout ce qui est de la liberté. Il faut sans doute une loi pour y porter quelque diminution que ce soit; mais nulle part la Charte ne défend à la loi d'étendre, à cet égard, son pouvoir et sa prévoyance *aussi loin que le salut de l'État peut l'exiger...* » La dictature de 93 avait dit : *le salut public*, et le sénatus-consulte de l'an XII : *l'intérêt de l'État;* le rapporteur de la loi de 1815 dit : *le salut de l'État.* Même école, même langage, même procédé; la loi est la forme complaisante qui se prête à tout; son droit est indéfini; il lui suffit d'alléguer le salut de l'État contre la liberté; elle peut se faire un titre de sa propre épouvante. Si telle est la vertu de l'intérêt de l'État quand c'est la loi qui l'allègue, je m'étonne qu'on écrive encore des constitutions, et que l'on croie à aucune espèce de règle. Rendons grâces au gouvernement de juillet, qui cependant a eu ses épreuves, d'avoir pensé que c'est avec la Charte qu'on se sauve.

La formule de l'article 4 change de portée et de physionomie,

(1) *Moniteur* du 20 octobre 1815, p. 1161.

selon l'époque où on l'envisage : quand elle fut pour la première fois promulguée au sortir de l'ancien régime, elle n'avait qu'un sens possible. Elle rompait avec le passé, elle regardait l'avenir; elle attendait une organisation conforme à sa pensée, et comptait sur une loi libérale. Lorsque, après la période impériale, elle reparut dans les mêmes termes, elle n'était cependant plus la même; elle ne rompait pas tout à fait avec le passé qui la précédait immédiatement; ce fut une étude de découvrir en quoi elle ne le continuait pas; elle semblait donner sa sanction à des lois sorties d'une origine ennemie et empreintes d'un esprit hostile. Celles auxquelles elle remettait le soin de déterminer les cas et les formes de l'arrestation et de la détention, quelles étaient-elles? Était-ce l'article 46 de la constitution de l'an VIII, l'article 60 du sénatus-consulte, l'article 9 du code d'instruction tout entier, l'article 120 du code pénal? Son sens n'était plus aussi simple et se compliquait avec la situation. C'est alors qu'on fut frappé de ce qui lui manquait, et que sa rédaction fut accusée d'insuffisance. La difficulté serait restée après 1830 ce qu'elle était auparavant, si la législation avait été laissée intacte, avec ses besoins et ses moyens ordinaires d'interprétation; mais on revisa en 1832 le code d'instruction et le code pénal, et la révision, faite dans l'esprit et avec l'expérience de l'époque, laissa les commissaires généraux de police dans l'article 9 du code d'instruction, et le droit provisoire du gouvernement dans l'article 120 du code pénal. Est-ce par omission? est-ce de propos délibéré? Ces lois ont-elles été oubliées ou conservées?

Les jurisconsultes distinguent deux espèces d'abrogations, l'une expresse, l'autre tacite. Point de difficulté sur la première, mais la seconde est pleine d'incertitude et de périls, et quand il s'agit d'elle, la cour de cassation s'arme d'un esprit de réserve, qui semble être la véritable règle des magistrats; autrement il n'y aurait pas de texte qui résistât à l'induction, et l'on aurait bientôt porté la hache dans la forêt de nos lois. Toutefois ces principes sur l'abrogation ne se sont formés que dans la jurisprudence ordinaire et n'ont point été essayés sur le droit constitutionnel. L'article 68 de la Charte de 1814 supposait cependant que dans les lois alors existantes il pouvait y en

Digitized by Google

avoir de contraires au régime qu'elle fondait, et l'article 70 de la Charte de 1830 fait la même supposition relativement à la Charte de 1814. Le besoin de coordonner le passé avec le présent avait été senti par la restauration; une ordonnance du 20 août 1824 avait institué une commission dans ce but; mais cette commission s'est séparée sans accomplir sa tâche. Si les hommes éminents dont elle se composait eussent laissé leur doctrine sur l'abrogation du droit constitutionnel, il est permis de croire qu'elle eût différé en quelque chose de la doctrine reçue en droit commun, et notamment sur l'abrogation tacite. On peut en donner plus d'une raison. 1° Les articles 59 et 70 de la Charte introduisent le principe de l'abrogation tacite dans les matières constitutionnelles; ils l'y introduisent, puisque, tout en supposant une incompatibilité entre la Charte et les lois qui l'ont précédée, ils ne désignent pas nommément celles qui lui sont contraires, et laissent par conséquent à d'autres le soin de les rechercher. Or cette recherche ne peut se faire en consultant seulement la lettre, la lettre est muette, mais en étudiant l'esprit. Le texte d'une constitution se borne à l'énonciation des principes généraux, et s'abstient des détails, différant en cela de la législation secondaire. 2° Il est rare que les innovations du droit commun soient radicales; elles modifient ordinairement l'organisation ou l'application d'un principe; mais le principe reste le même: c'est un mouvement sur un fond immuable. Je conçois qu'alors on soit plus difficile sur l'abrogation tacite. Mais en droit constitutionnel, les révolutions nous jettent d'une extrémité à l'autre, et nous entraînent dans tous les contraires. A chacune des dates de 89, de l'an VIII, de 1814, de 1830, on change d'école, de philosophie, de système; l'atmosphère se renouvelle; on passe dans un nouveau monde. Entre l'école de la Constituante et celle de l'empire, entre la reconnaissance des droits de l'homme et l'organisation du despotisme, entre la nuit du 4 août et le 18 brumaire, il n'y a pas une simple différence, il y a antipathie profonde, et je conçois que, sans aller jusqu'à la rupture complète, qui n'est jamais possible, l'abrogation tacite trouve moins de résistance, même chez les plus sages; car pour être sage, il n'est pas nécessaire

d'être inconséquent. Ajoutez que ce point de vue n'est plus celui du jurisconsulte; le régime constitutionnel élève ceux qui l'étudient. Si dans le domaine de l'application il est vrai de dire : *non de legibus, sed secundum leges judicandum*, dans le domaine du publiciste et du législateur on renverse l'adage et l'on dit : *non secundum leges, sed de legibus.*

De quelle abrogation veut-on qu'ait été atteint l'article 46 de la constitution de l'an VIII? De l'abrogation expresse? Mais où est le texte qui la prononce? Ce n'est assurément pas l'article 4 de la Charte qui remet à la loi le soin de régler le droit d'arrestation ; car un article de constitution est bien une loi, et une loi du premier ordre. Ce sont encore moins les articles 9 du code d'instruction et 120 du code pénal qui répondent à la pensée de l'an VIII, et qui n'ont été faits que pour en procurer l'exécution. Loin d'abroger, ils continuent. Leur maintien lors de la révision de 1832, en plein régime constitutionnel, est, dans les idées ordinaires, un argument auquel je ne connais pas de réplique. Un publiciste éclairé (1) propose de voir l'abrogation de l'article 46 dans les lois par lesquelles la restauration suspendit la liberté individuelle en 1815, 1817 et 1820. La nécessité d'y recourir pour donner au gouvernement le droit d'arrestation est une preuve, à ses yeux, que l'article 46 n'existait plus. Mais cette induction est bien faible contre des textes formels. Comment des lois temporaires auraient-elles aboli le principe permanent d'une constitution? Comment l'auraient-elles aboli en l'appliquant? Car c'est bien lui qu'elles ont appliqué, malgré quelques modifications de détail. Comment surtout des lois de 1815, 1817 et 1820 seraient-elles une réponse à l'argument que fournit la révision de 1832? Il n'est que trop vrai, à ne consulter que les textes, la liberté individuelle est encore aujourd'hui à la merci d'un ministre.

Et cependant l'évidence des textes est combattue par un sentiment moral qui a aussi son évidence. La conscience publique a prononcé l'abrogation de l'article 46, et le gouvernement qui le mettrait à exécution la blesserait dans ce qu'elle a de plus

(1) *Traité du droit public*, par Serrigny, t. ier, p. 353.

sensible. L'article 46 n'est pas contraire au texte de la Charte, mais il est antipathique à son génie; il est dans notre législation, mais il y est intrus; il vit, mais il vit paralysé; il décide contre la garantie constitutionnelle la question de 89; il rend au gouvernement le droit qu'elle lui avait retiré; il rétablit, en le mitigeant, le régime des lettres de cachet. Bien plus, il n'était pas isolé dans la constitution impériale; il y tenait à un mécanisme qui, bien que dérisoire, n'en était pas moins un hommage au principe; il nous reste seul de ce système écroulé, et il ne faut pas nous en plaindre, car il nous reste un peu plus intolérable qu'auparavant; certes, en voilà tout autant qu'il en faut pour une abrogation implicite; et si l'article 120 du code pénal, qui en garde les vestiges, a échappé à la révision de 1832, il est permis de croire que c'est par oubli; il n'a été l'objet d'aucune observation.

Si l'abrogation tacite ne peut rien contre l'article 46 de la constitution de l'an VIII, elle ne doit rien pouvoir contre le décret de 1810 sur les prisons d'État; la raison est la même. Si l'abrogation expresse est rigoureusement nécessaire, le décret de 1810 se justifie comme la loi des suspects; je soutiens qu'il est valable, et qu'on doit relever la Bastille. Que lui faut-il pour être obligatoire? Une seule chose, le caractère législatif. Or la jurisprudence (1) reconnaît ce caractère à tous les décrets qui n'ont point été dénoncés au sénat, et annulés de la manière indiquée par l'acte de l'an VIII. A la vérité, elle excepte ceux qui sont contraires à la Charte, d'après l'article 59; ce qui signifie qu'on leur pardonne bien l'excès de pouvoir contre la constitution sous laquelle ils sont nés, mais non la violation d'une disposition particulière de la Charte. Cette doctrine se comprend à merveille, lorsque la Charte a une disposition qui lui soit propre, et que la loi elle-même soit obligée de respecter, comme en matière d'égalité, de liberté de conscience, de liberté de la presse, de droit de propriété. Mais le malheur de la liberté individuelle est de n'avoir pour sa défense que l'imprudente formule de l'ar-

(1) Je m'explique sur cette jurisprudence dans la seconde partie, chap. III, § Ier.

ticle 4; le mot de garantie s'y trouve; la chose en est absente; la Charte s'y démet en faveur de la loi; elle lui donne ses pleins pouvoirs, sans se rien réserver, lorsque cependant il n'y a de principes constitutionnels que ceux qu'elle proclame. Que fait le décret de 1810? Il le dit sans détour, il veut éviter les tribunaux; pour que l'article 4 fût violé par cette déclaration, il faudrait qu'il eût remis la liberté individuelle à l'autorité judiciaire; mais la lui a-t-il remise? Le fait-il entendre, soit directement, soit par voie de conséquence, en établissant un principe général? D'aucune manière. Quelque énormité que l'on commette contre la liberté individuelle, on est sans reproche, pourvu que l'on ait l'autorité de la loi, et elle ne manque pas au décret de 1810. Il ne viole donc pas dans la Charte une disposition qui lui soit propre; il n'est coupable que de cet excès de pouvoir qui est couvert par la jurisprudence; il n'est donc pas compris dans l'exception. Il est en vigueur, il faut lui obéir. Voilà où l'on arrive en droit constitutionnel, quand on rejette superstitieusement l'abrogation tacite, et que l'on renonce au bon sens pour s'enchaîner à un texte.

Je ne m'en cache pas, je ne serais point contrarié par une jurisprudence qui déciderait que l'article 46 de l'acte de l'an VIII n'est pas abrogé; quand il y va d'aussi grands intérêts, j'aime mieux une absurdité bien éclatante que le demi-jour d'une question douteuse: on est plus près du remède.

§ II. — Du droit du citoyen dans le cas d'une arrestation illégale.

Des nombreuses questions qui intéressent la liberté individuelle, j'extrais la question suivante, comme appartenant au droit constitutionnel, et par conséquent à notre sujet: Quel est le droit rigoureux du citoyen sur la personne duquel on tente ou l'on consomme une arrestation illégale? Son devoir est-il d'obéir provisoirement, sauf à demander plus tard justice contre l'agent responsable? ou bien peut-il résister légitimement? L'acte illégal est-il, dès le premier moment de son exécution, une voie de fait appréciable par celui qui en souffre, et susceptible d'être repoussée par une voie de fait contraire?

Avant de dire ce que j'en pense, je prie de remarquer la rapidité des idées sur la pente où on les a mises. La Charte, nous venons de le voir, n'a rien qui lui soit propre sur la liberté individuelle; elle remet son pouvoir à la loi, comme un roi fainéant à un maire du palais; éconduits de l'ordre constitutionnel dans l'ordre légal, nous voici chassés, le mot n'est pas trop fort, de l'ordre légal lui-même dans l'arbitraire pur; car la loi détermine les cas et les formes de l'arrestation; et si un agent m'arrête hors de ces cas et sans ces formes, je suis provisoirement obligé de le suivre, sauf à me revancher plus tard, avec les facilités que l'on sait, sur la responsabilité de l'agent. En d'autres termes, la garantie de l'article 4 se réduit à vous dire : La sûreté de votre personne est garantie, jusqu'à ce qu'un agent vous arrête par ignorance ou mauvais vouloir.

Plus la garantie constitutionnelle nous abandonne, plus les suppléments de la loi sont précieux, plus le droit écrit devient strict. Si, hors des conditions de la loi, l'arrestation peut encore paraître autre chose qu'une voie de fait, je cherche avec inquiétude ce qui nous reste même de l'ordre légal.

La controverse s'établit cependant sur l'hypothèse d'une arrestation illégale, et les publicistes y trouvent encore des raisons de douter, des distinctions à faire, une théorie où ils sèment les écueils, et qu'ils se rendent redoutable à eux-mêmes. Les uns (1) voient de l'analogie entre l'insurrection d'un peuple contre un gouvernement oppresseur, et la résistance d'un citoyen à une arrestation illégale; et, par une conclusion inattendue, sont faciles sur celle-là, et pleins de scrupules sur celle-ci, comme si les révolutions violentes avaient leur théorie possible, comme si au contraire le droit d'arrestation n'appartenait pas à la loi positive, au raisonnement, à la doctrine, comme s'il n'était pas susceptible d'être régi, discuté, et jugé. D'autres (2) distinguent plusieurs nuances dans l'illégalité même, l'usurpation de pouvoir, l'abus de pouvoir, l'irré-

(1) M. Serrigny, *Traité du droit public*, t. Ier, p. 467.
(2) MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, t. III.

gularité dans la forme ; ils pèsent la différence de l'acte illégal à l'acte arbitraire; ils permettent la résistance dans tel cas, ils l'interdisent dans tel autre; là elle est légitime, ici elle constitue un délit. En droit, je suis loin de méconnaître ces nuances, elles ont leur importance pour qui s'occupe d'apprécier l'acte, de l'annuler, de le punir, d'atténuer ou d'aggraver le tort de son auteur. Mais ce n'est pas de ce côté qu'il faut se placer pour qualifier la résistance, c'est du côté de la personne lésée, de celle qui résiste, du patient. Pour celui-ci, toutes les nuances se confondent; les distinctions de droit s'évanouissent; une seule chose est sensible et réelle pour lui, c'est qu'on l'arrête hors des cas prévus par la loi; c'est qu'on l'arrête sans observer les formes prescrites par la loi; que l'on manque à toutes ces conditions, ou seulement à l'une d'elles, il n'importe : elles sont toutes également requises, également essentielles; leur réunion seule constitue la légalité de l'acte, et quand l'une défaillit, l'acte est illégal. *Personne,* dit l'article 4, *ne peut être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans les formes qu'elle prescrit.* Quiconque, pour sauver l'acte de l'arbitraire, distingue dans ce texte indivisible, fait lui-même une distinction arbitraire. Qu'importe que l'arrestation pèche par le fond ou par la forme? La forme n'est-elle pas la garantie du fond? D'ailleurs, de quoi s'agit-il? n'est ce pas du crime ou du délit de rébellion? A quelle extrémité réduit-on la personne lésée, en la forçant à s'occuper de distinctions subtiles, au moment où on la blesse dans le sentiment de sa liberté, et à faire, dans le trouble où on la jette, ce que le jurisconsulte lui-même ne fait pas sans peine, dans le calme de son esprit, et avec toutes les ressources de sa science? Une telle obligation ne heurte-t-elle pas les premières notions du droit pénal? Entre la personne qui arrête et celle qui est arrêtée, n'est-ce pas à la première à connaître son devoir et à être sûre d'elle-même?

A ces vues incertaines de la doctrine, je préfère le système de la cour de cassation, celui de l'obéissance provisoire indistinctement, non qu'il soit meilleur en lui-même, mais il a du moins le mérite d'être praticable, d'offrir à l'esprit de la per-

sonne lésée une idée simple, et une règle de conduite facile, en même temps qu'il donne prise à la critique, et peut être saisi corps à corps.

D'où nous vient ce principe de l'obéissance provisoire? Tous les principes de droit ont leur origine, leur filiation, leur histoire connues; celui-ci ne se puise pas aux sources ordinaires. Il n'a point son origine dans le droit romain; la loi des XII Tables pose le principe contraire, elle autorise la résistance à l'acte illégal, et la résistance par la force : *Vim vi repellere licet.* Il ne l'a point dans l'ancien régime; on peut voir la très-remarquable doctrine de Jousse, sous cette ordonnance de 1670, qui ne péchait pas par excès de libéralité (1). Il l'a bien moins encore dans cette législation de l'assemblée constituante, source sacrée de notre droit public. Le code pénal de 1791 porte (2) : « Lorsqu'un ou plusieurs agents préposés, soit à l'exécution d'une loi, soit à la perception d'une contribution légalement établie, soit à l'exécution d'un jugement, mandat, ordonnance de justice ou de police, lorsque tout dépositaire quelconque de la force publique, *agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions,* aura prononcé cette formule, *obéissance à la loi,* quiconque opposera des violences et voies de fait, sera coupable du crime d'offense à la loi... » Remarquez cette rédaction : *agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions;* il ne suffit pas d'agir dans l'ordre de ses fonctions, il faut agir légalement; ce n'est pas assez du titre et de la compétence, il faut de plus la régularité des procédés; faute d'une de ces conditions, le délit manque d'un élément constitutif. Remarquez encore la formule : *obéissance à la loi,* parole sacramentelle, signe extérieur qui tombe sous les sens, et qui parle au moins éclairé des citoyens. Ce n'est pas dans la période de la Constituante que le principe de l'obéissance provisoire a pris naissance.

D'où nous vient-il donc? De l'empire, de cette législation despotique et énervante, qui a oblitéré en nous le sens de la

(1) *De la justice criminelle,* partie IV, tit. XLV, n° 8.
(2) IIe partie, tit. Ier, sect. IV, art. 1er.

Digitized by Google

liberté. Nous l'avons vue mettre sa main de fer sur le pouvoir législatif, sur la liberté de la presse, sur la liberté individuelle, dire ensuite à la partie spoliée, comme Léonidas : *Viens les prendre*, et établir contre les droits de l'homme et la division des pouvoirs une prescription de quelques jours. La voici qui, appliquant son principe général aux cas particuliers, communique aux agents subalternes le provisoire que s'était adjugé le gouvernement, crée un délit de rébellion inconnu dans le droit, et vous fait un devoir de livrer votre personne avant de vous plaindre. Lois, jurisprudence, tout se pénètre de cet esprit; tout reflète le despotisme. Le code pénal de 1810, article 209, qualifie rébellion toute attaque, toute résistance avec violences et voies de fait envers les officiers divers *agissant pour l'exécution des lois*. Le mot *légalement* est escamoté dans l'incrimination impériale; il suffit d'agir tellement quellement, et d'alléguer que l'on agit *pour l'exécution des lois*. L'exécution des lois, vaguement substituée à une formule précise, est une abstraction immense, grosse de doutes et de controverses, et qui ne laisse pas de place à la résistance. Celui qui n'agit pas selon la loi agit-il pour l'exécution de la loi? Sujet de dispute; mais, en attendant, ayez à suivre l'agent. De la loi, cet esprit passe à la jurisprudence. La jurisprudence lui donne la forme d'un principe de droit : l'agent, dit-on, a pour lui une présomption de légalité, à laquelle la prévention est due. Mais le sophisme politique ne descend pas impunément de ses hauteurs dans le domaine du droit, il y affronte l'examen du jurisconsulte. Les présomptions de droit ne sont point ici à leur place. Quand la loi défend un acte en général, quand elle ne le permet en particulier qu'à certaines conditions, il y aurait contre-sens à établir une présomption qui dispenserait de ces conditions mêmes. Nul ne peut être arrêté que dans les cas et selon les formes que la loi détermine; voilà la règle; si l'on peut être arrêté, même provisoirement, hors ces cas et sans ces formes, la règle est détruite; car, être arrêté provisoirement, c'est être arrêté. Alors la présomption de la capacité de l'agent, ou n'a point d'effet, ou n'en a qu'un mauvais; si l'agent est en règle, il n'a pas besoin de présomption, il a mieux, il a une preuve com-

plète, à laquelle il faut se rendre; s'il n'est pas en règle, il n'a même pas de présomption; la loi n'établit pas de présomption contre elle, c'est-à-dire contre la garantie dont elle couvre la liberté.

L'évidence de ces principes va ressortir de leur application à des cas où la cour de cassation a admis la présomption de capacité. En matière civile, le code de procédure (1) ne veut pas que la contrainte par corps soit exécutée dans une maison quelconque, sans l'assistance du juge de paix; et son langage est remarquable, en ce qu'il est le même que celui de la Charte : le débiteur *ne peut être arrêté*, dans une maison quelconque, que sur l'ordre du juge de paix, qui s'y transportera avec l'officier ministériel. Le style législatif n'a pas, comme on le sait, de locution plus énergique que celle-ci : *ne peut;* elle ôte la puissance de droit et de fait. Cependant un huissier se présente dans une maison pour saisir un débiteur condamné par corps, et s'y présente sans le juge. Le débiteur résiste. La cour de cassation décide (2) que l'huissier a pour lui la présomption de capacité, alors qu'il manque, d'une manière patente et essentielle, aux conditions de cette capacité. L'exemple suivant est de nature à frapper davantage, en ce que la présomption a été admise contre une disposition formellement prohibitive de la loi. La loi *défend* de désarmer un chasseur surpris en délit; cependant un garde forestier tente le désarmement; le chasseur résiste : la cour de cassation (3) admet encore à la présomption de capacité dans le garde. Cette présomption est plus violente que la première, car elle heurte directement une prohibition expresse; le garde a été présumé pouvoir faire ce que la loi lui défend de faire, et a créé une présomption légale de capacité où il y a certitude légale d'incapacité. On comprend que si le juge peut présumer le contraire de ce que veut la loi, il n'est point de texte qui tienne contre ce genre d'argumentation. A la vérité, cette jurisprudence, sans

(1) Art. 784, § 5.

(2) Arrêt du 14 avril 1820, de Vill. et Carette, vol. VI, p. 218.

(3) *Ibid.* du 26 février 1829, *ibid.*, vol. IX, p. 240.

avoir précisément changé, commence à s'ébranler depuis 1830; en 1832, la cour d'assises de la Seine a acquitté le gérant d'un journal, qui avait soutenu en thèse que la résistance à un acte illégal n'était pas une rébellion. Un arrêt de la cour de cassation du 7 avril 1837 (1) semble composer avec le principe absolu de la capacité présumée chez l'agent, et de l'obéissance provisoire chez le patient. Mais cette modification encore indécise n'a d'autre cause qu'un changement d'esprit politique, car les textes sont les mêmes : tant il est vrai que le principe de l'obéissance provisoire n'a son origine que dans la législation impériale! Il est né d'hier. Jamais on n'a eu une plus belle occasion de dire que le despotisme est moderne.

La Charte, qui est venue s'enter sur cette législation, nous a mis entre deux textes, l'un, respirant le génie de l'empire, c'est l'article 209 du code pénal; l'autre, insuffisant comme disposition constitutionnelle, mais précieux encore comme disposition légale, en ce qu'il rétablit la forme de l'arrestation au nombre de ses conditions essentielles : c'est l'article de la Charte que nous commentons. Notre législation est pleine de ces conflits entre les deux génies contraires qui s'y heurtent, et le plus grand embarras du jurisconsulte sera longtemps encore de les concilier ou d'amortir leur choc. L'article 4 de la Charte n'abolit pas l'article 209 du code pénal, mais il le complète; il se combine avec lui; il restitue dans l'incrimination du délit de rébellion le mot *légalement*, introduit par l'assemblée constituante, supprimé par le code impérial. Grâce à cette combinaison, la question rentre dans les termes du droit naturel, d'où elle n'aurait jamais dû sortir. Nous vivons sous une charte qui fait du droit individuel l'objet à garantir, et du droit social le moyen de la garantie : intervertir cet ordre, c'est changer la constitution. La liberté des personnes est le premier de ces droits individuels, et il n'y a d'obligation de la *remettre* qu'à l'autorité compétente, se manifestant par un signe légal, par la forme; seule marque à laquelle chacun de nous soit obligé de la reconnaître. Hors de là, une tentative d'arrestation ne diffère

(1) De Vill. et Carette; vol. de 1838, Ire partie, p. 641.

Digitized by Google

en rien d'une voie de fait, et la voie de fait offensive appelle naturellement la voie de fait défensive.

Cette discussion a un genre d'importance qu'il faut comprendre. Nous ne venons pas jeter le cri d'alarme contre les arrestations arbitraires; elles ne sont pas plus nombreuses aujourd'hui qu'autrefois; elles le sont beaucoup moins qu'à certaines époques : le danger n'est pas là. Nos efforts tendent à purger le droit constitutionnel des faux principes qu'y ont déposés les régimes précédents, et, lors même que nous n'aurions pas à citer un seul exemple d'arrestation arbitraire, ils n'en auraient pas moins leur utilité. Ils ne seraient pas perdus, quand leur seul effet serait de redoubler chez les agents les scrupules et le sentiment de leur responsabilité. Quant aux citoyens, qu'ils n'y voient pas une excitation à la résistance; on ne résiste qu'à ses risques et périls, et, quand on se trompe, on est rebelle à la loi. Nous prenons la résistance à l'arrestation arbitraire comme un fait accompli, et nous nions alors la capacité présumée de l'agent et l'obligation de l'obéissance provisoire chez le citoyen : voilà tout. Il y a longtemps que nous sommes détrompés de ces généralités vagues et passionnées sur l'ordre et sur la liberté, qui ne prêtent qu'à la déclamation et tombent dans le lieu commun. Au nom de la liberté, on nous a jetés dans l'anarchie; au nom de l'ordre, dans le despotisme : il n'y a de certitude et de salut que dans les principes.

TITRE TROISIÈME.

DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE.

« Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. »

(Art. 5 de la Charte.)

« Les ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, professée par la majorité des Français, et ceux des autres cultes chrétiens reçoivent des traitements du trésor public. »

(Art. 6 de la Charte.)

Commentons d'abord : « Chacun, dit l'article 5, professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. » Il n'y a pas un mot de ce texte qui ne soit à peser; la Charte en a peu d'aussi substantiels.

Trois choses sont à y remarquer : 1° la liberté de professer sa religion; 2° la protection accordée au culte; 3° l'égalité parfaite entre les communions reconnues.

Notez que le texte parle séparément de la religion et du culte, et change de langage en passant de l'une à l'autre. S'agit-il de la religion, il proclame la liberté de la professer; du culte, il s'engage à le protéger. Ce n'est pas l'exercice du culte qui est libre, c'est la profession de religion; ce n'est pas la profession de religion qui est protégée, c'est l'exercice du culte.

Tout en séparant la religion du culte, il a cependant un principe qui leur est commun; c'est que la liberté est *égale*

pour chaque religion, et que la protection est *la même* pour chaque culte; en d'autres termes, il n'y a deux manières ni pour les religions d'être libres, ni pour les cultes d'être protégés.

Voilà la lettre, cherchons l'esprit.

Pour qu'on ne se méprenne pas sur l'objet de cette étude, et qu'on n'y cherche que ce que nous voulons y mettre, il importe avant tout de le circonscrire : nous entreprenons d'expliquer le sens de l'article 5, et de déclarer le droit qui en résulte; rien de plus, rien de moins. Le sens d'une loi est un fait; ce fait n'est ni le vôtre ni le mien; il est indépendant de nous deux. On peut lui reprocher d'en dire trop ou trop peu; mais, quoi qu'on en pense, ce qu'il dit est irrévocable; il faut le connaître; c'est tout ce que nous nous proposons. Cela bien entendu, nous avons une double précaution à prendre à l'égard des cultes et du gouvernement.

Nous disons aux cultes : Il ne s'agit ici, ni pour celui qui parle ni pour celui qui écoute, d'une profession de foi religieuse; nous pouvons différer de croyance, et nous entendre sur le sens de la loi fondamentale; chacun peut, sans préjudice pour les prédilections de sa conscience, venir faire avec nous l'étude de cette grande nécessité sociale que la Charte a proclamée. Car, entendons-le bien, nous étudions une nécessité et non une théorie. Nous avons devant nous, au lieu d'une démonstration ou d'un choix *a priori*, deux faits accomplis, impérieux, indestructibles : la pluralité des cultes d'une part, et de l'autre, une Charte qui la proclame. Voilà notre point de départ, et sur quoi nous n'avons plus à discuter. La cause est jugée; le seul soin que nous laisse l'arrêt inscrit dans la Charte est celui de l'exécution; mais pour que l'exécution soit intelligente et complète, il y a beaucoup à apprendre et beaucoup plus à oublier. Que si, en exposant la doctrine constitutionnelle, on risque d'affliger ce qu'on respecte, et de demander des sacrifices à des convictions auxquelles leur sincérité même n'en permet aucun, il n'y a qu'un mot à répondre : C'est à ces conditions qu'est désormais la vie sociale.

Nous disons au gouvernement : Nous faisons la différence de

Digitized by Google

la politique et du droit. Dans ce passage de l'ancien régime au nouveau, il y a des difficultés de transition que nous ne nous dissimulons pas; parmi les cultes reconnus par la loi, il en est un qui se présente au régime de la liberté avec les habitudes de la domination, et nous ne prétendons pas que les esprits se modifient aussi promptement que l'on écrit deux lignes dans la Charte. Les conseils qu'en pareille occurrence la politique peut donner à l'homme d'État ne sont pas de notre sujet; nous ne nous occupons que du droit; mais quelque parti que la politique prenne avec le droit, qu'elle le sacrifie, l'élude ou l'ajourne, toujours est-il bon de le connaître.

Nous allons parcourir les trois propositions de l'article 5 : 1° la liberté de professer sa religion : la Charte, en l'isolant du culte, ne retient-elle pas ce qu'elle paraît donner? 2° la protection des cultes : comment l'entendre? 3° leur égalité entre eux : n'en résulte-t-il aucun devoir pour les fonctionnaires publics? Mais avant ces propositions que nous lisons dans le texte, il y a une raison qui n'y est point écrite et qui les gouverne toutes les trois : c'est le rapport constitutionnel des différentes Églises avec l'État; c'est par elle qu'il faut commencer.

SECTION PREMIÈRE.

DU RAPPORT CONSTITUTIONNEL DES CULTES AVEC L'ÉTAT.

Les rapports des cultes avec l'État se sont jusqu'ici combinés de trois manières :

Ou l'État a été dans l'Église; c'est alors que le pouvoir ecclésiastique donne ou retire le pouvoir civil;

Ou l'Église a été dans l'État; c'est alors que le pouvoir civil institue, déclare, change ou modifie la religion;

Ou l'État et l'Église se sont établis côte à côte, comme deux puissances parallèles; c'est alors que se présente le problème de leurs limites respectives.

C'est à ces trois combinaisons que se réduisent toutes celles que l'on a essayées de mémoire d'homme, soit qu'il y ait théo-

Digitized by Google

cratie pure, soit qu'il y ait un culte dominant et exclusif, comme en France après la révocation de l'édit de Nantes, soit qu'il y ait admission indifférente de tous les cultes, à la seule condition qu'aucun d'eux n'exclura les autres, comme sous le polythéisme, comme aux États-Unis d'Amérique, comme en France de 1793 à 1801, soit qu'il y ait un culte dominant et non exclusif, comme en Angleterre.

Dans laquelle de ces trois combinaisons principales rentre la période constitutionnelle? Dans aucune.

Dans aucune, en effet, il n'y a de véritable liberté. La conscience n'est libre ni quand l'Église absorbe l'État, ni quand l'État absorbe l'Église, ni même quand l'Église et l'État cherchent à s'entendre; car leur harmonie, en la supposant possible, ne tourne pas au profit de la conscience, qui n'en reste pas moins astreinte à un culte dominant. Le règlement de leurs compétences respectives n'intéresse que les deux puissances; de quelque manière que le règlement se fasse, la conscience relève toujours de l'une ou de l'autre, et jamais d'elle-même. La question des deux puissances n'a pas pour objet de savoir si elle sera libre, mais comment on se la partagera.

Le mal vient de l'idée des deux puissances; cette donnée une fois admise, il n'y a que deux manières de les combiner, en les unissant ou en les séparant; si elles sont unies, il y a oppression de l'une par l'autre; si elles sont séparées, il y a anarchie entre elles, et la conscience individuelle n'y gagne rien.

Comment la Charte s'y prend-elle pour résoudre le problème? Elle agit en maîtresse qu'elle est; elle fait évanouir le fantôme des deux puissances, elle rétablit l'unité et proclame le droit commun. Et ce qu'elle fait ainsi, elle seule peut le faire; car, seule, elle dispose de la garantie constitutionnelle, que toute autre combinaison ignore, et, seule, elle procure au droit individuel son inviolabilité.

Pour les esprits imbus des anciennes doctrines, c'est certainement un phénomène de voir la liberté de conscience et la protection des cultes inscrites dans une loi humaine; de les y voir placées sous le titre de *Droit public des Français*, en même temps que l'égalité des citoyens, la sûreté individuelle,

Digitized by Google

l'inviolabilité des propriétés, la liberté de la presse; placées, dis-je, au milieu d'elles, et reconnues, proclamées, garanties comme elles, et comme choses homogènes. Cette forme et cette place, aujourd'hui données aux cultes, que sont-elles relativement à leur place et à leur forme d'autrefois? Quand une puissance de la terre dit aux choses divines : *Vous êtes libres, et je vous protége*, que nous révèle ce langage? Quelque chose de grand et de peu connu, de neuf à la fois et d'antique : le droit commun dans les matières religieuses.

Le droit commun : voilà désormais ce que peut offrir le gouvernement le plus libéral, et voilà aussi, qui que vous soyez, tout ce que vous en pouvez exiger. Cette vérité, disons-nous, est à la fois neuve et antique : elle est neuve, car c'est d'hier que le régime constitutionnel l'a reconnue; elle est antique, car il y a seize cents ans que nos pères l'ont invoquée. Quand l'Église persécutée se plaignait par la voix des apologistes, elle ne demandait que sa part de la protection légale accordée aux autres cultes, leur reconnaissant le droit de vivre comme elle, et offrant de compatir avec eux. La domination et même le privilége lui paraissaient si peu nécessaires, que toute son ambition était d'être admise dans le vaste sein de la loi commune. Rappelons-nous le langage de Tertullien, c'est un point de départ à ne pas perdre de vue (1) : « Nous sommes, dites-vous, des criminels? Traitez-nous donc comme des criminels; ne nous condamnez pas sur le nom qu'on nous donne; informez-vous des faits, examinez les preuves, écoutez la défense. Nous n'enseignons, dites-vous encore, rien de plus que vos philosophes? Traitez-nous donc comme vos philosophes; laissez-nous, comme eux, former des sectes, et ouvrir tranquillement nos écoles dans le monde romain. » C'est cette prétention à la simple égalité qui a donné l'empire à l'Église primitive; si elle se fût annoncée comme puissance, il est permis de croire que sa destinée eût été compromise; et il est fort remarquable que le cours des événements ramène ainsi le christianisme, après la longue anomalie du moyen âge, au point même où il tendait d'abord; les deux

(1) Apologétique.

extrémités de son ère se rejoignent; c'est peut-être la démonstration la plus sûre que le droit commun est l'état normal de tous les cultes.

En rétablissant l'unité de puissance, la Charte n'usurpe sur rien ni sur personne. Qui dit droit commun suppose une suprématie qui le maintienne; car le droit commun ne s'entend pas seulement de chaque culte relativement à l'État, mais des cultes entre eux, et ce double risque de désordre ajoute à la nécessité d'un pouvoir central. Or à qui cette suprématie sera-t-elle déférée? Ce ne sera certes à aucun des cultes, car le moins exclusif se préfère et doit se préférer à tous les autres; son devoir est d'être partial; et, s'il avait la suprématie, on verrait une chose bizarre, un gardien dont la vertu serait de violer son dépôt. Cette fonction demande un médiateur, et tout médiateur est neutre: pour être vraiment hospitalier envers les cultes, il n'en peut adopter aucun, ni en l'attirant à soi, ni en allant à lui. S'il s'identifie avec l'un d'eux, le danger reparaît sous une autre forme; il devient aussi impropre que le culte même à l'objet de sa mission; il asservit, ou se laisse asservir. Le seul médiateur possible, puisque seul il remplit la double condition de la force et de la neutralité, c'est donc le gouvernement civil.

Se scandaliser de la neutralité religieuse du gouvernement, c'est lui reprocher ce qui constitue son aptitude; et le reproche devient insensé, quand il s'y mêle une imputation d'athéisme (1). Le jour où il a été dit que des religions qui s'excluent toujours entre elles et quelquefois s'anathématisent, pourraient cohabiter en France sous une loi commune, on a fait à notre gouvernement une position qui n'a son analogue chez aucune nation moderne; on a, par cela même et nécessairement reconnu, que la fonction politique, dans laquelle il faut comprendre la neutralité religieuse, était possible sans tomber dans l'athéisme; car, qu'y aurait-il de plus absurde que la protection des cultes par l'athéisme, et que l'athéisme devenant une nécessité sociale?

(1) M. Royer-Collard exprimait ainsi cette pensée dans son admirable discours sur la loi du sacrilége : « La Charte n'est pas indifférente ; elle n'est pas neutre, elle n'est qu'incompétente. » J'adopte cette proposition, au mot *neutre* près, qui, je crois, manque d'exactitude.

Une observation vieille comme le monde est désormais un principe constitutionnel : c'est qu'en dehors de tous les cultes, il y a des vérités universelles dont aucun d'eux n'a la garde privilégiée; il n'en faut pas davantage pour qu'un gouvernement puisse s'assimiler ce qu'ils ont de commun, en laissant à chacun ce qu'il a de particulier, sans cesser d'être religieux. Pour faire entendre ce langage aux cultes, il faudrait en obtenir une concession peut-être trop difficile, à savoir qu'ils ne substituassent point leur logique propre à la raison sociale. Car leur logique est étroite et doit l'être; mais la raison sociale est large, et doit l'être aussi. La logique des cultes peut être très-concluante contre les consciences individuelles, quand elle leur conseille un choix entre les religions positives; mais elle est sans force contre le pouvoir médiateur, dont la fonction spéciale est de procurer la liberté à toutes les croyances, et l'égalité à toutes les Églises. En ceci, le régime constitutionnel a pour lui la première des autorités, celle de la Providence : la Providence ne fait-elle pas pour l'humanité ce qu'il fait pour la nation, quand elle inspire la même morale aux cultes les plus divers? Cette morale est la seule règle qu'elle dépose dans toutes les consciences, et elle suffit, puisque avec son secours les sociétés humaines subsistent. C'est donc à l'exemple de la Providence que notre gouvernement s'en tient à la morale universelle, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a plus de vérités au delà de celle qu'il adopte, mais que celle-ci suffit à la tâche qui lui est dévolue; le surplus est abandonné à la liberté individuelle.

On cesserait de contester la suprématie du gouvernement civil, si l'on savait combien est fausse l'idée d'une rivalité entre les deux principes que l'on met si gratuitement aux prises; l'erreur est de voir dans la liberté religieuse, au lieu d'un droit, une puissance. La distinction du spirituel et du temporel est sans doute dans notre nature; elle correspond à celle de l'esprit et de la matière, dont elle n'est qu'une autre expression. Ainsi entendue dans son sens philosophique, cette vérité n'a point d'adversaires; elle est sainte pour tout le monde, car nous lui devons la partie la plus excellente de notre être. Mais l'embarras commence, et avec lui la dispute, dès qu'on retire le spirituel

de sa véritable sphère, pour le jeter dans le monde politique, où l'on en fait une personnification vivante et active, à laquelle on donne le nom et les attributs d'une puissance, que l'on anime de passions conquérantes, et que l'on arme de pied en cap pour le combat. Dans l'état actuel des nations chrétiennes en Europe, ce n'est pas seulement un anachronisme, c'est une entreprise contre l'ordre de la Providence de partager ainsi le gouvernement des hommes, et d'introduire dans la cité deux principes, dont la destinée est de ne jamais s'entendre : véritable manichéisme, qui brise en deux cette société moderne si bien liée et si compacte, et y rend l'unité impossible; qui nous livre à des tiraillements contraires et à une lutte sans issue, en nous faisant un droit contre le droit. Ou plutôt, à ne consulter que la pure logique, l'issue de la lutte peut se prédire; c'est nécessairement le temporel qui doit y périr, puisqu'il n'y a pas d'acte de la vie civile qui ne ressortisse au for intérieur; on n'a point oublié cette juridiction ecclésiastique, dont le flot toujours montant avait pénétré le temporel, et menaçait de le dissoudre. Si l'on passe au spirituel sa prétention d'être une puissance, ce n'est pas un concurrent que l'on se donne, c'est un maître; l'égalité ne lui suffit plus, il lui faut la domination. Vous aurez beau lui dire que la vie sociale est d'institution divine, et que le pouvoir civil, chargé de maintenir ce que Dieu a voulu, le représente sur la terre; que les communions religieuses, quelles qu'elles soient, ne gagnent rien sur lui, en se prévalant de leur céleste origine, puisqu'il peut répondre par un argument d'égale valeur, et qu'aucune puissance au monde, prît-elle son point d'appui dans le ciel, ne se place au-dessus de lui. A cette qualification de puissance, il vous prendra au mot, et sa logique sera la plus forte; il vous prouvera que sa nature est supérieure à la vôtre, et vous tiendra au-dessous de lui de toute la distance du ciel à la terre. Si tel est le spirituel qui reparaît parmi nous, érigé en puissance, avec les prétentions hautaines et les problèmes insolubles dont il a troublé l'ancien régime, il n'y peut reparaître qu'en ennemi de l'unité sociale; il dégénère en usurpateur, et doit être repoussé comme un fléau : ce n'est plus à lui que je me crois redevable de la liberté de conscience; c'est au con-

Digitized by Google

traire lui que j'accuse de nous l'avoir ravie, et c'est sur lui que la Charte a été obligée de la reprendre.

En renonçant à la distinction des deux puissances, on ne fait aucun sacrifice; car, de toutes les disputes sans objet réel, celles qu'elle a suscitées sont les plus vaines. La difficulté de les mettre d'accord a de tout temps fait le supplice des chrétiens les plus éclairés, et des plus grands docteurs de l'Église. De Marca était savant entre tous les prélats du XVIIe siècle; il fut archevêque de Toulouse, il allait l'être de Paris quand il fut surpris par la mort. Il avait reçu du cardinal de Richelieu l'ordre de répondre à un livre de l'oratorien Hersent, où les libertés gallicanes semblaient sacrifiées, et il publia, pour le réfuter, son célèbre traité *de Concordia imperii et sacerdotii*. Il faut lire l'allocution au lecteur, qu'il a placée en tête de son livre; c'est le cri de désespoir d'un écrivain qui, après avoir scruté son sujet dans toute sa profondeur, ne réussit qu'à douter de son sujet même : « Les deux puissances sont si voisines, dit-il, que c'est à grand'peine si, avec toute la sagacité du monde, on parvient à en déterminer les limites. On trouve bien quelques règles générales, mais dès qu'on descend à l'application, elles abandonnent les plus habiles, et semblent s'opposer à toute démarcation raisonnable. Il est des cas dont la classification est impossible, soit dans les controverses sur la foi, qui sont évidemment loin de la compétence des princes, soit dans l'administration des affaires publiques, qui est étrangère au soin de paître le troupeau; on ne leur trouve de place que dans des subdivisions communes aux choses et aux personnes, et que chacune des deux puissances revendique par des raisons également probables; aussi ne me proposé-je pas de donner la mesure exacte des droits du sacerdoce et de l'empire, ni d'assigner à chacun sa part. Cette recherche sur la question de deux domaines demande un grand maître en droit humain et divin, et est, je le déclare, tout à fait au-dessus de mes forces... J'abandonne donc le droit, pour rechercher le fait, qui est plus sûr. Et cependant encore, dans cette route semée d'embûches, se présentent des empiétements de juridiction qui laissent l'esprit perplexe, et feraient désespérer de parvenir à la vérité. Mais un esprit généreux ne s'épouvante pas de ces

obstacles... Je me dis sans cesse que les choses humaines ne sont pas à ce point délaissées du ciel, qu'il n'existe une manière de traiter des deux puissances sans déplaire aux princes... Il s'élève tous les jours des querelles de juridiction que l'on peut, grâce à certains tempéraments, empêcher d'éclater en guerre ouverte... Imitons les stoïciens qui, à l'aide d'hypothèses, se relâchaient de la rigueur de leur doctrine pour s'accommoder aux opinions des autres hommes; de même les chefs de la doctrine chrétienne peuvent sacrifier à la paix quelque chose du droit strict. » C'est-à-dire, où il n'y a de proposable que des moyens termes, il n'y a rien d'absolument vrai; je ne sache pas un second exemple d'un écrivain qui, au début d'un gros livre, commence par nier la science qu'il va enseigner, et qui n'en continue pas moins sa lutte contre une impossibilité avouée. Voilà ce que pensait de la distinction des deux puissances le prélat qui l'a le plus étudiée.

Cependant, à la rigueur, on comprend que, sous une religion unique et exclusive, le spirituel soit venu, à titre de puissance, se poser parallèlement à la puissance temporelle, sans trop s'inquiéter de donner la théorie de leur indépendance réciproque; on conçoit cette puissance, seule représentation du spirituel, revendiquant une des deux moitiés qu'elle prétendait faire d'un tout indivisible. Mais aujourd'hui, dans le concours de plusieurs religions, dont chacune est proclamée l'égale des autres, conçoit-on le spirituel se subdivisant en autant de puissances qu'il y a de cultes reconnus, et le problème, déjà si embarrassant dans sa simplicité primitive, se compliquant de chaque Église au gouvernement, et d'elle à toutes ses égales?

Non, il n'y a qu'une puissance où il n'y a qu'une souveraineté; c'est la puissance sociale qui a l'immense tâche de garantir les droits de tous. La liberté de conscience est un droit, qui n'est inscrit dans la Charte parmi les droits de l'homme, que parce qu'il n'en diffère en rien; elle n'est pas plus une puissance que la propriété n'est une puissance, que la sûreté individuelle n'est une puissance, que le droit de publier sa pensée n'est une puissance, distincte, rivale, venant d'un autre monde, délibérant, agissant, traitant avec la puissance sociale et lui

faisant concurrence. Le concordat de l'an IX est un de ces actes de la politique qu'il faut juger relativement, que nous ne blâmons pas de ses concessions à l'esprit du passé, mais indépendamment desquels nous recherchons le droit constitutionnel, le droit définitif et permanent; le gouvernement français, après avoir contracté en l'an IX comme avec une puissance, s'est hâté en l'an X, en publiant les articles organiques, de régler seul les rapports des cultes avec lui, et cet exercice de la souveraineté, en partage de laquelle il n'a admis aucune puissance, fait assez entendre que ce soin important était resté en dehors du concordat de l'année précédente. Dans le régime selon la Charte, il n'y a rien qui ne rentre dans la masse des choses gouvernables; la liberté de conscience est un droit, et un droit que la garantie constitutionnelle rend inviolable; c'est la meilleure condition qu'aient jamais eue les cultes, car mieux vaut un droit garanti qu'une puissance contestée. Mais ce droit, tout inviolable qu'il est, doit être disciplinable; il est garanti, mais il doit se laisser régir, et il est juste qu'il reçoive sa règle de qui il reçoit sa garantie. Autrement, si l'un des cultes reconnus, après avoir exercé l'empire, n'en voulait rien abandonner en entrant dans sa condition nouvelle; s'il s'indignait d'être protégé comme droit, après avoir été obéi comme puissance; si le catholicisme romain méconnaissait à ce point la différence des siècles, et cette action du temps qui est aussi un arrêt de Dieu, quel malheur qu'il se déclarât ainsi incompatible avec le droit commun, c'est-à-dire insociable! A qui serait-il donné de concevoir une société telle que celle-ci : d'une part, l'Église, au sortir de ce moyen âge où elle a rendu l'immense service de faire l'intérim des pouvoirs sociaux, l'Église, dis-je, se refusant à les déposer, et apportant au régime constitutionnel l'esprit absolu de la théocratie : de l'autre, la Charte disposant de ces mêmes pouvoirs au nom de la souveraineté française; ici, l'Église ne relâchant rien de l'inflexibilité de ses maximes; là, une Charte, qui ne nous est venue que pour s'empreindre successivement de toutes les vicissitudes sociales; la mobilité et l'immobilité cherchant à se dompter l'une l'autre; en un mot, une communauté dont les membres, différant de pays, de

race et d'époque, exprimeraient dans la même langue des idées ennemies, et où ce grand mot de liberté religieuse signifierait pour l'un la domination, et pour l'autre l'inviolabilité de la conscience, avec la soumission aux lois? Y avait-il dans le chaos plus de désordres et de ténèbres?

Grâce au ciel, il n'en a pas été ainsi. La Charte a trouvé presque accompli le grand mouvement dont elle avait besoin. Mais, comme si la Providence eût voulu épargner à la politique humaine un effort au-dessus d'elle, le problème s'est résolu par des faits dans l'histoire, avant de se résoudre par des formules dans la législation. Dans l'Église, les faits n'ont pas devancé les formules; ils ont marché sans en tenir compte, car de ce côté elles n'ont pas changé. Les faits qui se sont accomplis dans le siècle avec le plus d'empire, et de l'aveu manifeste de la Providence, n'ont pas surpris à l'Église un seul acquiescement formel; immuable dans ses maximes, elle n'a point encore pardonné à la déclaration du clergé de 1682; l'introduction du concile de Trente en France est une de ces prétentions qui ne meurent jamais chez elle; les bulles du pape ne nous arrivent qu'accompagnées de clauses de style qu'il faut neutraliser par des clauses contraires; c'est entre l'État et l'Église une guerre continuelle de protestations et de réserves. Et cependant, si vous récapitulez les faits, quelle déviation immense depuis le *dictatus* de Grégoire VII jusqu'à la déclaration de 1682, depuis la révocation de l'édit de Nantes jusqu'à l'article 5 de la Charte, depuis le jour où Rome faisait dire à Louis XIV : *Il n'y a plus d'hérétiques en France,* jusqu'à celui où elle laisse dire, dans un concordat signé d'elle, que le catholicisme est la religion de la majorité des Français, se résignant, par une sage inconséquence, à la pluralité des cultes, à leur voisinage, à leur contact, à leur mélange dans le monde! L'Église traite avec le gouvernement sous la forme d'un concordat; mais le gouvernement décrète seul les articles organiques sous la forme d'une loi; l'Église avait la garde de l'état civil, mais la loi s'en charge et se l'approprie; les ministres propageaient leurs doctrines par la voie de l'apostolat, la loi leur défend de discuter les affaires publiques dans les exhorta-

tions pastorales; l'évêque consultait directement le pape sur les intérêts de l'Église, la loi se place entre eux, et surveille cette communication avec une prétendue souveraineté qui ne serait pas la sienne; le clergé avait un temporel comme corps, les prêtres ont comme individus un salaire. Que serait-ce si nous énumérions les lois civiles, qui même autrefois ont dérogé à la loi canonique? Aussi, à mesure que l'Église entre dans le droit commun, voyez comme une révolution analogue s'opère dans le langage du législateur; sous la Charte de 1814, qui admettait une religion de l'État, la loi du 25 mars 1822 (1), quoique punissant de la même peine les outrages aux ministres des différents cultes, réservait la dénomination privilégiée au catholicisme romain, et confondait les autres dans l'appellation commune d'*établissements légaux;* mais la dénomination privilégiée ayant disparu de la Charte de 1830, le code pénal a réformé son langage; il ne reste que l'appellation commune, et le code ne reconnaît que des cultes *légalement établis* (2).

Ce dernier mot est celui de la souveraineté dans sa plénitude; il résume en lui les vicissitudes de plusieurs siècles, et fixe les rapports actuels des cultes avec l'État.

C'est assez dire ce qu'il faut penser de l'appel comme d'abus dans notre nouveau droit public. L'appel comme d'abus suppose deux puissances; il n'est autre chose que l'empiétement de l'une d'elles sur l'autre; ce qui a fait de son institution un triomphe pour la puissance temporelle, c'est qu'il l'a rendue juge de l'excès de pouvoir et par conséquent gardienne des limites. Mais aujourd'hui il doit changer de nom, car il change de nature; il ne peut plus constituer un excès de pouvoir; il ne faut y voir qu'un de ces désordres sur lesquels le souverain a le même droit que sur tout ce qui tombe dans le domaine de la police.

Cette situation est neuve; voyons comment elle s'est développée.

(1) Article 6.
(2) Articles 260 et 286.

SECTION DEUXIÈME.

DE LA LIBERTÉ DE PROFESSER SA RELIGION.

Le texte de l'article 5 envisage séparément la religion et le culte; cela est évident puisqu'il fait à chacun d'eux une condition différente : à la religion, quand il déclare que la profession *en est libre;* au culte, quand il s'engage à en *protéger* l'exercice. Pourquoi la liberté à la profession de foi plutôt qu'à l'exercice du culte? Parce que la profession de foi est un acte de droit naturel qui relève uniquement de la conscience, et qui échappe à la discipline humaine. Pourquoi la protection à l'exercice du culte, plutôt qu'à la profession de foi? Parce que l'exercice du culte est un fait extérieur et social qui tombe dans le domaine de la police. Or la protection suppose la suprématie; celui-là protége qui est supérieur. Se constituer protecteur des cultes, c'est donc prendre position en dehors et au-dessus; accepter cette protection, c'est se soumettre. Mais le devoir constitutionnel de protéger impliquant celui de régir, puisque l'un sans l'autre serait impraticable, la protection ne peut s'appliquer à la profession de foi; autrement la conscience serait régie aussitôt que protégée. C'est donc improprement qu'on dit *liberté des cultes;* il faut dire *liberté de conscience.*

Cette distinction, si évidente et si sage, entre la liberté de conscience et l'assujettissement du culte aux lois de police, a cependant indigné des esprits généreux. Ils nient le bienfait de la Charte : que devient une religion séparée de son culte? S'il est de son essence de ne pas rester à l'état de sentiment et d'abstraction, si l'hommage qu'elle adresse à Dieu ne consiste pas seulement dans les mouvements secrets de l'âme, mais dans une manifestation extérieure, que faites-vous, en maîtrisant la forme dans laquelle elle se manifeste, que lui ravir sa liberté? La liberté, réduite au droit de penser, de sentir et de croire, avait-elle besoin d'être reconnue? Comment, s'est-on écrié, la comprenez-vous donc, cette liberté de conscience, vous

qui dites : Vous êtes libres, à condition que vous demanderez une autorisation pour l'être; vous êtes libres, si je vous le permets, et tant que je vous le permettrai?

Avant tout, convenons d'une base : Jamais la Charte n'a promis ni pu promettre à aucune religion de la rendre libre à sa manière, et comme elle entend l'être. Elle n'a entendu parler que de la liberté telle que la comporte l'ordre social, et la liberté ainsi comprise n'a sa règle dans la loi particulière d'aucune religion. La Charte ne manque donc pas à sa promesse en demandant à la liberté un sacrifice, et la religion qui ne se plaint pas d'autre chose, ne conclut rien. C'est une vérité que la croyance a besoin du culte; c'est une vérité non moins certaine que le culte ne peut se soustraire à la police. La chose du monde la plus funeste serait de susciter un conflit entre ces deux vérités, et la plus vaine, de rechercher laquelle doit céder à l'autre; elles sont toutes les deux essentielles; il faut donc qu'elles s'accordent par la raison suprême qu'il n'y a pas pour nous de nécessité plus grande que de vivre en société. Toute doctrine qui tendrait à les mettre aux prises serait fausse en religion, fausse en morale, fausse en droit public; il la faudrait maudire comme un fléau. Si nous avions le malheur de ne pas nous entendre sur ce point, nous ne nous entendrions sur aucun.

Il ne faut donc pas s'indigner contre la distinction en elle-même; il faut encore moins, pour la détruire, faire dégénérer cette grande question en une pure logomachie, au risque de renverser la signification des mots. On a dit que les expressions de l'article 5, *professer sa religion*, impliquaient nécessairement *la célébration du culte*. Erreur grammaticale : *Professer, c'est avouer publiquement, reconnaître hautement quelque chose; ce mot reçoit diverses significations, selon les différentes choses avec lesquelles il se joint. Ainsi l'on dit professer une religion, pour dire : être d'une religion.* C'est le Dictionnaire de l'Académie que je viens de copier, et sa définition ne suppose nécessairement aucune pratique extérieure.

Ce que la Charte a dit en bon français, elle a eu la volonté de le dire, elle a éprouvé le besoin de le dire, et ce besoin a

sa source dans une vérité historique, qu'apparemment on n'espère pas détruire en la dissimulant. Qu'importe à notre question constitutionnelle que le droit de penser et de croire nous vienne de Dieu? Son origine a-t-elle empêché qu'on ne le persécutât? Quelle est la partie de notre droit public qui n'ait été méconnue, et qui n'ait eu besoin d'être abritée dans un texte? Et parce que la Charte en a été, non l'origine, mais la déclaration, est-ce à dire que cette déclaration soit inutile?

Que nous sommes oublieux et ingrats! et combien notre sécurité présente met d'intervalle entre nous et les dangers passés! Les droits que nous garantit la Charte sont si naturels, que nous ne comprenons pas qu'il ait été possible de les méconnaître, comme si cependant il en était un seul qu'elle n'eût recueilli dans l'histoire, tout sanglant et tout mutilé. Oui, quoique votre fierté philosophique s'en indigne, un temps a été que la liberté de conscience, violemment dépouillée de sa forme extérieure et réduite à la pensée individuelle, n'était plus en sûreté dans son sanctuaire; on l'y poursuivait pour en faire un crime. Quand Polyeucte oppose aux menaces de Félix sa sublime réponse : *Je suis chrétien*, exerce-t-il son culte? Fait-il autre chose que professer sa religion? Cette simple profession le conduit cependant au martyre. Tout l'art de l'inquisition n'était-il pas de surprendre au fond de l'âme le secret d'un dissident? Ce qui fait la beauté du discours que Montesquieu met dans la bouche de son juif, au moment où il monte sur le bûcher, chef-d'œuvre où la logique est touchante et le raisonnement pathétique, c'est qu'il est condamné, non pour des démonstrations extérieures, mais à cause de sa fidélité à sa croyance. Et, pour nous rapprocher de notre époque, qu'on se rappelle la législation sur les protestants. Il s'agissait bien alors de cérémonies! Les temples étaient détruits; le désert lui-même n'avait plus d'asile; le culte avait disparu; il ne restait que la seule pensée de la réforme, et on continuait à la poursuivre sous le nom d'hérésie. Le mot d'extermination était, dans la langue du prosélytisme, le seul qui exprimât dignement la ferveur de son zèle. Ce n'était pas seulement la

profession formelle qu'on incriminait, mais tout ce qui pouvait y ressembler, et notamment la conversation à table ou à la promenade. Voici ce qu'on lit dans l'article 36 d'un édit de juin 1551 : « Attendu que ordinairement il avient que plusieurs, de tous états indifféremment, s'ingèrent, sans aucun savoir ni intelligence qu'ils aient en la sainte Écriture, en prenant leurs repas, ou bien allant par les champs..., parlent, devisent, disputent des choses concernant la foi, le saint sacrement de l'autel, et les constitutions de l'Église; faisant des questions curieuses et sans fruit, lesquelles font souvent tomber dans de grandes erreurs...; pour à ce obvier, défendons à toutes personnes non lettrées, de quelque état, qualité et condition qu'elles soient, et à tous étrangers, de ne plus faire dorénavant de telles propositions, questions et disputes, sur les points de notre foi, du saint sacrement, et des constitutions et cérémonies de l'Église, des saints conciles, et autres choses ordonnées par le saint-siége apostolique, sous peine d'être punies comme infracteurs des ordonnances et défenses. » Le même édit promet aux délateurs le tiers des biens des accusés. Un autre édit de 1540 menace de peines sévères les magistrats suspects de mollesse dans les poursuites d'hérésie, et de « s'être petitement acquittés en la faction desdits procès. » Ce texte est un de ceux qu'on invoqua contre Anne Dubourg. Mais c'était surtout contre les relaps que les plus grandes rigueurs étaient déployées; et cependant qu'était-ce qu'un relaps? Que punissait-on en lui? Était-ce une pratique ostensible? Jamais, ou presque jamais; cet infortuné qui, en retournant à la croyance pour laquelle il avait souffert, obéissait à un des instincts les plus généreux de notre nature, s'enveloppait des mêmes précautions que la fraude; aussi était-ce dans un interrogatoire dirigé par un prêtre catholique, que l'on épiait cette récidive de sa conscience; et, quand elle était constatée, on le livrait au bras séculier. Sa peine était le bannissement à perpétuité et la confiscation (1). Suivant une déclaration de 1686, ceux qui, ayant fait abjuration et étant malades,

(1) Édit de 1683.

refusaient les sacrements de l'Église, et déclaraient aux prêtres de leur paroisse qu'ils voulaient mourir dans cette disposition, étaient condamnés aux galères perpétuelles; les femmes et les filles étaient renfermées. En cas de décès, le procès était fait à leur mémoire, leurs cadavres traînés sur la claie et jetés à la voirie. Tant la persécution était jalouse de la croyance seule, même de celle qu'un mourant emportait dans la tombe! C'était si bien à la croyance qu'elle s'attaquait, que, pour disputer aux familles celles de leurs enfants, elle violait en elles le droit le plus sacré, celui de l'éducation; elle leur enlevait leurs enfants (1), les renfermait dans des maisons de propagande, et rendait les parents responsables de leur évasion. Voilà où nous en étions encore avant 89; c'est de là que nous avions à revenir. Et maintenant on peut juger si la liberté de conscience, ainsi considérée en elle-même et dans son inviolabilité propre, n'avait pas besoin de secours, et si c'est en vain que l'assemblée constituante, dont la Charte a traduit la pensée en d'autres termes, a décrété que *nul ne doit être inquiété dans ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public;* constatant ainsi que l'opinion religieuse, non manifestée, avait cependant des raisons d'être inquiète.

Il y a donc deux erreurs dont il faut se garder : la première, de croire que la reconnaissance d'un droit naturel soit inutile; il n'était pas inutile de reconnaître celui qu'avaient nié François Ier et Louis XIV; la seconde, d'étendre au culte la liberté qu'on vient de reconnaître à la conscience; si l'un était libre dans la même mesure que l'autre, aucune police ne serait possible; car la liberté de conscience ne se manifestant par aucun acte est, de toutes celles que proclame la Charte, la seule dont on puisse dire qu'elle est sans limites.

La première des trois propositions de l'article 5 ainsi entendue, passons à la seconde.

(1) Édit de 1685.

SECTION TROISIÈME.

DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CULTES.

Je résiste ici à la tentation de repousser les anathèmes que, dans les intérêts contraires d'une domination exclusive et d'une extrême liberté, on lance de deux côtés contre le protectorat des cultes. Le simple exposé de la doctrine constitutionnelle est la plus calme, la plus courte, et la plus sûre des réfutations. Je poursuis ma route sans me détourner.

On se fût épargné bien des discussions oiseuses, si l'on avait pris la protection des cultes pour ce qu'elle est. On l'a examinée comme un système particulier aux matières religieuses, que l'on a choisi entre autres, et qu'on eût été le maître de rejeter; il n'en est pas ainsi. La protection des cultes est une application du principe général qui couvre, sans aucune différence, tous les droits des Français de la même protection. Elle dérive de l'assujettissement universel des choses et des personnes la souveraineté du pays, et n'a pas d'autre raison. S'il est fait dans l'article 5 une mention particulière de la protection due aux cultes, c'est qu'on avait à établir entre eux le principe de l'égalité; car, du reste, le mot de protection signifie, ici comme ailleurs, que les lois sont tutélaires de la même manière qu'elles sont obligatoires. Cependant il faut convenir que si l'idée de protection se conçoit facilement comme déduction logique, à l'œuvre les difficultés se multiplient.

Et d'abord voici encore un mot à rejeter de la doctrine, un mot que, fort heureusement, on ne trouve pas dans la Charte, mais qui remplit et embarrasse la controverse : c'est le mot de *tolérance*. D'un abus qu'on ne peut empêcher, on dit qu'on le tolère; on ne le dit pas d'un droit. Aussi les cultes, tout en distinguant entre la tolérance civile et la tolérance théologique, n'en acceptent-ils d'aucune espèce, et ils ont raison. Dans la croyance où doit être chacun d'eux qu'il possède seul la vérité, il se regarde naturellement comme l'objet de la prédilection divine, et il renvoie la tolérance aux dissidents. Mais

la tolérance dont il ne veut pas pour lui, la loi n'en veut pour personne; elle ne tolère pas les cultes, elle fait mieux; elle les protége, et elle remplit en cela un devoir dont elle ne peut se dispenser.

Toutefois, la protection elle-même peut s'entendre et a été entendue de plus d'une manière; elle s'élargit ou se resserre, selon le point de vue où l'on se place.

Elle peut n'être que philosophique, ne voir dans une religion qu'un mode arbitraire d'exercer un droit naturel, et, à ce titre, les admettre toutes en abandonnant chacune à elle-même. Sa séparation d'avec les cultes est absolue; elle leur reste étrangère, les tient à distance, et les surveille de loin, dans le but unique d'empêcher qu'ils ne se fassent violence. C'est le système de la loi du 7 vendémiaire an IV.

Ou bien la protection, sans cesser d'être philosophique, est encore politique ; une religion est à ses yeux un élément social; elle fait acception de celles qui sont établies, s'affectionne à elles et s'y attache. Il y a bonne intelligence et sympathie; c'est le système de la loi de germinal an X, et de la Charte.

§ Ier. — De la loi du 7 vendémiaire an IV.

Dans l'ordre d'idées où cette loi a été conçue, un culte est une des variétés infinies de la manière d'adorer l'Être suprême; chacun choisit entre ceux qui existent, ou en invente qui n'existent pas; connus ou inconnus, ils se valent, et le Panthéon s'ouvre indistinctement à tous les dieux qui s'y présentent. Il y a protection légale en ce sens que le législateur touche les cultes de son caducée, qu'il s'oppose à l'exclusion ou à la domination de l'un d'eux, et qu'il abattrait la tête qui dépasserait le niveau commun. A cela près, il se retire profondément dans son sanctuaire, et laisse le monde religieux rouler autour de lui; il ne regarde au dehors que lorsqu'il est averti par un désordre matériel. Mais, quand il n'y a pas de voie de fait, sa tâche est remplie.

La constitution de l'an III, à laquelle nous sommes d'ail-

leurs si redevables, et qui fut pour la France un bienfait relatif, a sur les cultes un langage caractéristique; elle dit, article 354 :

« Nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi.

« Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'aucun culte.

« La république n'en salarie aucun. »

Voilà tout; c'est l'expression la plus complète de l'indifférence. Dans trois formules brèves, sèches, négatives, le pouvoir constituant déclare que, n'étant ni pour ni contre, il laisse faire et laisse passer; chacune de ses paroles est un lien qu'il rompt, un rapport qu'il supprime.

Un mois après la constitution de l'an III, parut la loi du 7 vendémiaire an IV. C'était l'organisation après le principe, et, pour qu'on n'en doutât point, on lui donna un préambule, monument singulier où l'influence de l'esprit philosophique sur le système du législateur se manifeste avec une vérité naïve. On y lit que *la base du libre exercice des cultes étant posée dans la constitution*, il ne reste qu'à *réduire en lois les conséquences nécessaires qui en dérivent;* ainsi, ce que le rapprochement chronologique eût suffi pour nous apprendre, le texte du préambule prend le soin de nous le dire. Nous sommes donc avertis.

La première *de ces conséquences nécessaires*, c'est que, dans une réunion religieuse, il n'est permis de voir *qu'un rassemblement de citoyens* (article 1er); d'où il résulte que la seule surveillance à laquelle puisse être soumis un rassemblement de cette nature *se renferme*, c'est toujours l'article 1er qui parle, *dans des mesures de police et de sûreté;* en d'autres termes, la surveillance des cultes est une affaire de gendarmes.

Seconde conséquence : les ministres des cultes ne doivent à la société *qu'une garantie purement civique* (préambule). Autrement, si l'on exigeait une garantie morale, on excéderait son droit; car le droit du gouvernement ne va pas jusqu'à s'immiscer *dans les rapports du culte et de l'homme.* Et cette

Digitized by Google

garantie purement civique, en quoi consiste-t-elle? Uniquement à souscrire la déclaration suivante : *Je reconnais que l'universalité des citoyens français est le souverain, et je promets soumission et obéissance aux lois de la république* (article 6). Déclaration parfaitement inutile dans la dernière partie, puisque la sujétion aux lois du pays est de plein droit.

Autre conséquence nécessaire : vous voulez ouvrir une église? C'est à merveille, présentez-vous à la mairie. On ne vous y demandera point si vous exercez un vrai culte, un culte existant; c'est assez que celui dont vous parlerez *se prétende tel* (article 25). On ne vous gênera pas au point de vous indiquer l'édifice où vous l'exercerez; c'est vous qui ferez cette indication à l'autorité (article 17).

Voilà toute la recette pour fonder une religion. Vous déclarez à la mairie que vous descendez du ciel avec une mission divine, et le secrétaire vous délivre un brevet d'apôtre. Vous reconnaissez que l'universalité des citoyens est le souverain; allez, vous pouvez enseigner le monde.

§ II. Des articles organiques de l'an x sur les cultes catholique et protestant, et du décret du 18 mars 1808 sur le culte israélite.

Pour soutenir que la loi de l'an IV est encore en vigueur sous le régime de l'an X, il faut refuser de croire à l'abrogation implicite des lois; car ces deux manières de protéger les cultes sont antipathiques dans tout ce qui les constitue, dans leur esprit général et dans les détails de leur exécution.

Ceux qui s'attachent à expliquer la législation par la philosophie étudieront, comme un des phénomènes les plus curieux de l'histoire du droit, la transition du régime de l'an IV à celui de l'an X : nous changeons de lois, parce que nous changeons d'école. Pour être juste envers la loi de l'an IV, il faut l'apprécier eu égard au temps dont on sortait. J'ai peu de goût pour les déclamations d'usage contre le XVIIIe siècle; elles ont à mes yeux le double tort de conduire par un lieu commun à une injustice. Le moment d'en médire serait mal choisi, quand on s'occupe de cette liberté de conscience, dans la conquête de

laquelle il est pour une si grande part. Mais le déclin de ce siècle mémorable a été souillé par des doctrines que je ne confonds pas avec la philosophie trop décriée de ses grands hommes. L'esprit d'irréligion, qui n'avait encore été que contentieux et railleur dans les lettres, était devenu dans la politique furieux, proscripteur, sanguinaire. La loi de l'an IV n'en est ni tout à fait innocente, ni tout à fait coupable; on sent le calme y renaître et l'orage s'y apaiser. Elle est indifférente, il est vrai; mais, après la haine et la persécution, l'indifférence est une diminution dans le mal, et une transition vers le bien. On avait tout proscrit, elle autorisa tout; c'était le degré de sagesse dont elle était capable, et, malgré cette prostitution systématique à tous les caprices et à tous les monstres de l'imagination humaine, remercions-la de son respect courageux pour le droit naturel.

Ne reconnaît-on pas dans les articles organiques de l'an X la réaction qui s'est faite au commencement du XIXe siècle dans la philosophie générale? Comme toutes les réactions, celle-ci a eu plus tard son excès; mais, quand elle inspira le législateur de cette époque, elle était encore pure. Sans renoncer à voir dans la religion l'exercice d'un droit naturel, elle accorde beaucoup moins à l'abstraction philosophique, et beaucoup plus au fait social. Et, en effet, pour le législateur, s'agit-il d'autre chose que de s'assurer si le culte est sociable? En cela, comme en tout, il n'y a de certain que ce qui est connu. Quand le législateur trouve tout établis des cultes dont les preuves sont faites, qui ont vécu et vieilli avec la société, qui tiennent à ses entrailles, et qui ont la recommandation des siècles, il s'y arrête; car les faits constants et actuels sont la seule matière d'une législation raisonnable; quant à présent, c'est entre eux uniquement qu'il peut être question de liberté religieuse. Tel est l'esprit de la législation de l'an X; elle a ses prédilections; son hospitalité n'est point banale; elle ne se pique de régir que les cultes qu'elle connaît; mais aussi elle s'y affectionne, elle les nomme par leur nom, et les traite comme des personnes amies, comme de vieux hôtes de la France où ils ont acquis droit de cité.

Ces deux lois ne sont pas seulement différentes, elles sont contraires, et il est impossible qu'elles marchent à côté l'une de l'autre sans se heurter. Ainsi, cette incroyable facilité à reconnaître les ministres des cultes qui se donnent leur mission à eux-mêmes, cette manière de mettre l'apostolat au pillage, sous la seule condition du serment à titre de garantie civique, est inconciliable avec la nomination des évêques par le roi, avec leur institution par le pape, avec l'élection des pasteurs dans les Églises réformées. Ainsi, le salaire que la loi de l'an IV refuse aux ministres chrétiens, la Charte le leur assure. Ainsi, les mesures qu'elle défend de prendre en nom collectif pour le choix d'un édifice et le logement des ministres, la législation de l'an X les recommande aux départements et aux communes. Ainsi, les cérémonies qu'elle interdit hors des édifices choisis, la même législation ne les défend au dehors que dans les lieux où sont établis d'autres cultes. Ainsi encore, le code pénal prévoit les mêmes délits que la loi de l'an IV, contre le libre exercice des cultes, et c'est toujours pour innover soit quant au caractère de ces délits, soit quant à la peine. Il est particulièrement remarquable que cette loi défend, tout aussi bien que l'article 291 du code, les associations religieuses hors des édifices destinés au culte, avec cette différence que le code ne voit le délit que dans une association de vingt personnes, tandis que la loi de l'an IV s'arrête au nombre de dix, et il arrive que, par une singulière méprise, on préfère la loi la plus étroite à la plus libérale.

La loi de l'an IV est abrogée aussi clairement que si l'abrogation en était écrite dans celle de l'an X.

§ III. — Des cultes nouveaux.

« A la bonne heure, objecte-t-on, le législateur de l'an X et de 1808, qui ne s'occupe que de réglementer, ne réglemente que les trois cultes qu'il nomme. Mais la Charte va plus loin ; elle décrète en principe général la liberté de conscience, et, si elle désigne particulièrement les cultes chrétiens, c'est seulement pour allouer un salaire à leurs ministres. A-t-elle exclu

ceux qu'elle ne nomme ni ne salarie? A-t-elle épuisé toute la libéralité de son principe, lorsqu'elle en a ajouté deux à celui qui déjà régnait seul? La liberté de conscience demande, ce semble, un peu plus d'air et d'espace. La Charte n'a pas entendu fixer invariablement d'avance toutes les formes que pourra prendre à l'avenir le sentiment religieux. Que le législateur n'ait de prédilection que pour les cultes établis, soit; nous n'y prétendons pas; nous renonçons au salaire des ministres, à la magnificence des édifices, à la pompe des cérémonies. Mais le principe général nous reste, et il nous suffit pour vivre seuls, à nos risques et périls, sous le régime ordinaire des lois de police et de sûreté. »

Convenons d'abord qu'il n'y a en effet dans la Charte aucune fin de non-recevoir contre les établissements futurs; le texte ne les proscrit ni ne les autorise, et il se pourrait bien qu'ils fussent en germe dans le principe général. A part toutes les raisons de les regarder comme impossibles ou inutiles, et même de les craindre comme dangereux, l'hypothèse d'un culte nouveau ou d'un ancien culte modifié est légalement admissible; elle peut se discuter.

Si donc le cas se présente, il en sera du nouveau venu comme de ses aînés; il devra se faire admettre. Il ne dépendra pas de lui, ainsi que le suppose l'objection, de renoncer aux avantages de la protection légale, pour s'en tenir au pur droit naturel. Les lois obligent tous les citoyens; elles ont des bénéfices et des charges qu'on ne divise pas; renoncer aux uns pour se soustraire aux autres, c'est un subterfuge que n'admet pas l'ordre social. Il n'y a pour les cultes qu'un mode constitutionnel d'existence, c'est d'être reconnus, protégés et régis; le même texte qui proclame la liberté de conscience promet aussi la protection aux cultes, et l'un ne se sépare pas de l'autre.

La protection *s'obtient*, le mot est dans la Charte; donc elle se demande. Plus on médite, moins on conçoit que le droit de juger un culte soit contesté à la puissance civile. Elle n'accordera de lettres de naturalisation à l'étranger le plus méritant qu'après avoir pris ses sûretés avec son nouvel hôte; elle ne permettra l'établissement de certaines sociétés commerciales

Digitized by Google

qu'après l'examen de leurs statuts; et lorsqu'une secte inconnue viendra chez nous prendre le gouvernement des consciences, le gardien de la cité lui ouvrira sans contrôle! Accorder d'avance sa protection à ce que l'on ne connaît pas, mettre sur le pied d'une égalité absolue tous les cultes possibles, présents et futurs, serait le plus insensé des engagements, et une abdication de la souveraineté pour l'avenir. Les cultes reconnus ont une possession si antique qu'on eût pu douter de la nécessité de les reconnaître; chacun d'eux n'en a pas moins reçu de l'autorité civile un acte qui lui sert de titre; et des cultes nés d'hier s'indigneraient d'être soumis aux mêmes précautions! Il y aurait cependant une raison pour les examiner de plus près; car on les soupçonne d'être moins religieux que politiques. Ce n'est pas, à Dieu ne plaise! que nous soyons sans sympathie pour les efforts récemment tentés par le zèle du progrès social. Mais alors encore convient-il de se donner pour ce que l'on est. Est-ce quand la puissance civile est menacée dans sa base que nous lui refuserons le droit de demander à un culte qui se présente : « Que venez-vous faire parmi nous? Allez-vous ébranler dans les esprits le fondement de la propriété, qui est celui de l'ordre social? Vous introduirez-vous dans la famille pour y intervertir les rapports de l'homme et de la femme, du père et des enfants? Prêcherez-vous le pouvoir absolu sous la Charte, la république sous la monarchie? Pour soulager les classes souffrantes, n'avez-vous d'autre secret que de souffler au pauvre la haine du riche, de remplir son cœur de fiel, de l'irriter contre l'inégalité naturelle et la diversité des offices? Enseignez-vous la révolte au nom de Dieu, et le pillage au nom de la charité? » Si la puissance civile n'a pas le droit de s'enquérir de ces choses, il faut renoncer à la condition sociale.

Nous avons fait bien du chemin depuis que Rousseau écrivait à l'archevêque de Beaumont : « Je ne crois pas qu'on puisse introduire en un pays des religions étrangères sans la permission du souverain... Je conviens, sans détour, qu'à sa naissance, la religion réformée n'avait pas droit de s'établir en France malgré les lois; mais lorsque, transmise des pères aux

enfants, cette religion fut devenue celle d'une partie de la nation française, et que le prince eut solennellement traité avec cette partie par l'édit de Nantes, cet édit devint un contrat inviolable. »

Voilà ce que disait, avant la garantie constitutionnelle, et dans le ressentiment des poursuites dont il était l'objet, un écrivain dont l'habitude n'était pas de faire fléchir ses spéculations devant les besoins sociaux; il ne défendait le protestantisme que comme religion reconnue, et il voyait son titre dans l'édit de Nantes; il en aurait un plus sûr aujourd'hui.

La condition légale des cultes nouveaux va être expliquée au paragraphe suivant.

§ IV. — De l'article 291 du code pénal dans ses rapports avec les cultes.

On a cru voir une contradiction entre la garantie constitutionnelle promise aux cultes, et le droit donné à l'administration par l'article 291 du code pénal d'autoriser ou de dissoudre les associations religieuses. Les uns ont dit que l'article 5 de la Charte avait aboli l'article 291, les autres que l'article 291, ayant reçu une sanction nouvelle de la loi du 10 avril 1834, prévalait au contraire sur la Charte. On s'est alarmé des deux parts : les amis de la liberté religieuse, de voir la garantie constitutionnelle à la discrétion d'un administrateur; et les amis de l'ordre, de le voir désarmé devant les entreprises d'un imposteur ou d'un factieux.

Le problème est tout entier dans une confusion d'idées; c'est par des distinctions qu'il faut le résoudre.

Ou l'association s'occupe d'objets religieux, sans célébrer de culte, et il est sans difficulté qu'elle reste soumise à la police administrative; elle a besoin d'autorisation, et l'autorisation est révocable;

Ou l'association célèbre un culte, et alors seulement la difficulté se présente; mais alors encore il faut distinguer :

Le culte qu'elle exerce est reconnu, ou ne l'est pas; s'il est reconnu, il vit en vertu d'un droit constitutionnel, et non

d'une autorisation administrative. Les réunions auxquelles il donne lieu ne sont pas des associations proprement dites, comme nous allons le voir; il est couvert par la Charte, un seul cas excepté, quand il se célèbre ailleurs que dans les édifices qui lui ont été assignés; hors de chez lui, on n'est plus obligé de le reconnaître.

S'il n'est pas reconnu, il rentre dans la classe des associations sujettes à l'autorisation de la police, et cette différence entre les cultes nouveaux, qui sont de véritables associations, et les cultes anciens, qui ont cessé de l'être, a sa raison dans la nature même des choses.

L'association n'est telle que parce qu'elle suppose une convention entre ses membres; là est le caractère du fait que qualifie le code pénal. Or, il y a ou il n'y a pas convention, selon l'époque où nous prenons le culte.

Ce qui nous trompe, c'est le spectacle des religions qui nous entourent. Fondées depuis des siècles, entrées à différents degrés de profondeur dans la famille, dans l'état social, elles sont devenues un des éléments de la patrie. Elles en sont à ce point qu'on ne les choisit plus, on les accepte; elles ne se discutent point, elles se transmettent; on naît, on vit, on meurt dans leur sein, par la raison que nos pères y sont nés, y ont vécu, y sont morts, et parce qu'elles se trouvent là pour nous recevoir, sans aucun acte de notre volonté. Nous nous rencontrons à l'église, au temple, à la synagogue, non à la suite d'un rendez-vous, mais parce que les mœurs domestiques nous y poussent. A ce période, les assemblées religieuses n'ont rien de l'association, puisqu'elles ne supposent aucune convention d'individu à individu. Mais ce période n'a pas été le premier; la foi n'a pas toujours été le résultat de la tradition. Chaque religion a ses phases, son commencement, son milieu; je n'ose ajouter sa fin; il y a eu pour elle un temps où son existence était clandestine, humble, persécutée, souffrante. Ces solennités publiques, que les fidèles d'aujourd'hui accomplissent avec pompe et sécurité sous l'égide de la Charte, ont jadis commencé par de périlleux conventicules dans les catacombes. C'était alors le temps des conversions individuelles; la vérité

Digitized by Google

ne s'offrait pas d'elle-même à l'enfant au berceau; ses yeux ne s'ouvraient pas sur elle, à ses côtés; l'homme fait, dans toute son intelligence et son courage, allait, à ses risques et périls, la recevoir d'un apôtre. L'enthousiasme l'embrassait, l'enthousiasme la propageait. On était d'abord en petit nombre, on se connaissait, on se comptait, on s'appelait. En sortant de l'amphithéâtre, où les chrétiens avaient été livrés aux bêtes, on se convoquait sous terre pour inhumer les martyrs, comme une armée ses morts après la bataille. Dans cet âge héroïque des religions, il y avait rapport d'homme à homme, réunion de propos délibéré, concert, en un mot association.

Ainsi la Charte et le code pénal prévoient deux cas différents, et sont loin de se contredire. Le code s'applique à toute association qui n'a point pour but la célébration d'un culte; il s'applique aux cultes nouveaux, qu'il saisit à l'état d'association (article 291); il s'applique encore aux cultes anciens, célébrés ailleurs que dans les édifices consacrés. En dehors de ces trois hypothèses, il n'y a plus que des cultes anciens, se renfermant chez eux; ils n'ont rien de l'association; ce sont des établissements légaux; la Charte les prend sous son égide.

Il peut arriver qu'un culte reconnu n'ait pas d'édifice, qu'il demande à l'autorité locale et qu'il n'obtienne pas qu'on lui en indique; ce défaut d'indication peut provenir ou de mauvais vouloir, ou d'un doute sérieux; mais, quelle qu'en soit la cause, il paralyse le droit. Cette hypothèse n'est guère à prévoir que dans l'intérêt des cultes qui sont en minorité; mais il faut la prévoir et la régler, puisque tous les cultes sont légalement égaux, et qu'elle laisse en souffrance un droit légitime. Il n'y aurait pas de garantie pour le culte dont le refus ou l'inertie de l'administration pourrait éluder le droit. Il faudrait, avant tout, fixer le nombre de personnes pratiquant ce culte qui serait nécessaire pour qu'il y eût obligation de lui assigner un édifice; car ce nombre peut être tellement restreint que l'exercice public ne soit pas un besoin pour lui. Mais le nombre déterminé une fois atteint, le droit est né; l'indication de l'édifice n'est plus une chose arbitraire. Cette indication étant un acte administratif, devant quelle partie de

l'administration la réclamation sera-t-elle portée? L'objet de la réclamation n'est pas *un simple intérêt*, sur lequel on puisse statuer arbitrairement, sans aucune forme et sans donner de motifs; l'administration gracieuse n'est donc pas compétente. Il s'agit d'un *droit*, d'un droit d'une nature éminente, d'un droit garanti par la Charte; la réclamation est de la compétence du contentieux.

§ V. — De l'enseignement religieux.

On a fait de l'enseignement religieux l'objet d'une question distincte, et on la traite séparément, comme une thèse qui a ses principes à elle. Nous qui avons notre point de départ dans les principes généraux de la Charte, vérifions, avant tout, si elle ne s'y rattache pas comme conséquence, et si ce n'est point par eux qu'il convient de la résoudre; parce qu'on l'isole dans le monde, ce n'est point une raison pour que nous l'isolions dans la doctrine.

Il est convenu que le culte est soumis à la police de l'État; or il n'est pas douteux que l'enseignement religieux ne soit une partie du culte, ayant droit aux mêmes garanties, mais obligée à la même obéissance.

Les paroles de Jésus-Christ aux apôtres : *Ite et docete omnes gentes*, renferment le double précepte, et d'instruire directement les nations, et de former une milice pour les instruire. L'enseignement n'est donc qu'un mode de l'apostolat, comme la prédication, comme les instructions pastorales. Or la prédication et les instructions pastorales sont sujettes au droit commun.

Cela posé, quel privilége demande-t-on pour l'enseignement? Car c'est un privilége que l'on demande; autrement il n'y a plus de question qui lui soit particulière; sa condition est réglée par le droit commun, et cette discussion n'a plus de sens.

Demande-t-on qu'il soit plus favorablement traité que les autres modes de l'apostolat? Mais quelle raison y a-t-il de lui donner une indépendance absolue, qui ne soit commune à la

Digitized by Google

prédication? Quelle raison y a-t-il de surveiller la prédication, qui ne soit commune à l'enseignement?

On raisonne comme s'il ne s'agissait plus de la police de l'État; et, parce que la question renferme deux éléments au lieu d'un, parce que la liberté de conscience, proclamée par l'article 5 de la Charte, s'y combine avec la liberté d'enseignement promise par l'article 69, on semble croire que la question a changé. La question reste la même, et conserve toute sa simplicité; chacune de ces libertés, prise à part, n'est pas plus illimitée que l'autre, et, bien qu'elles se mêlent dans la question de l'enseignement religieux, la compétence de la loi civile pour les régir n'est pas plus douteuse sur les deux réunies que sur chacune d'elles séparément.

La nécessité d'une police est même plus grande pour l'enseignement, qui façonne à huis clos des esprits simples et dociles, que pour la prédication, qui se produit publiquement à des esprits capables de la juger. Les précautions législatives n'outragent pas plus les cultes que le code pénal ne calomnie l'humanité; partout où se cache un risque pour la société, le gouvernement regarde; il n'y a pas de devoir plus sacré. Quel serait donc, dans les lettres divines et humaines, l'enseignement assez sûr de son passé et de son avenir pour s'indigner de n'être pas excepté de la sujétion commune aux lois du pays? Cette susceptibilité, à qui sied-elle? A Dieu ne plaise qu'il m'arrive de réveiller les querelles du gallicanisme! Le gallicanisme, depuis que les deux puissances sont réduites à une seule, n'a plus d'objet, et il aurait trop raison sous la Charte. Je ne veux donc pas exagérer le péril des doctrines ultramontaines; je les crois sans influence réelle sur l'esprit général de la nation. Cependant elles vivent dans l'esprit de prélats éminents qui ont de l'autorité sur les consciences; elles ont encore leur foyer à Rome; de nos jours, on vient d'entendre un membre du conclave, le cardinal Pacca, passant en revue tous les États de la chrétienté, déplorer la déclaration de 1682 comme une tache au catholicisme français. Si la paix est dans les relations diplomatiques, la guerre continue dans les doctrines; et les doctrines de Rome ne sont autre chose au

fond que la négation même de la souveraineté française. Elles n'ont pas été autrement entendues par Louis XIV, lorsque, le 10 mars 1682, il s'est départi de sa déférence habituelle envers le saint-siége, jusqu'à intervenir en maître dans la direction des études ecclésiastiques; ni par le gouvernement consulaire, lorsqu'il a ordonné d'enseigner la déclaration de 1682, dans les séminaires par le vingt-quatrième des articles organiques; je dis un des articles organiques, car cette mesure n'eût pu trouver place dans le concordat; ni par le gouvernement impérial, dont un décret, en date du 25 février 1810, a proclamé loi de l'État la déclaration de 1682; ni par la cour royale de Paris, dont un arrêt rendu le 3 décembre 1825, sous la restauration, a renouvelé cette proclamation dans la forme judiciaire. Après un tel passé, au moment solennel où tous les principes sociaux tendent à se fixer chez nous, dans un pays qui, plus que jamais, se pique d'unité en tout, l'enseignement des doctrines ultramontaines serait un véritable désordre, et il y aurait telle circonstance où le désordre pourrait redevenir un danger. Le droit de l'État doit être maintenu sur toutes les parties de l'enseignement public, sur la partie objet de la dispute plus que sur les autres; il serait inconséquent que des écoles, autorisées et protégées par lui, restassent fermées à sa surveillance, et que, sous son égide, on apprît à le nier.

Ainsi cependant vont les choses sous la législation actuelle, et celle qui se prépare permet à peine d'espérer un retour aux principes. Le culte a la double fonction de recruter sa milice et de distribuer aux laïques l'instruction religieuse; il ajoute à la première la prétention de former sans contrôle l'esprit de ses ministres, et il dit avec raison de la seconde que la religion est la base de l'instruction publique. Or voici ce qui arrive : les petits séminaires sont fermés à la surveillance de la police, et le culte a droit d'inspection dans les colléges laïques; la police n'a pas un œil chez lui; il en a un chez elle. Cet état de choses se fonde sur un raisonnement qui, dans le système des deux puissances, est sans réplique, et qui, dans celui de la Charte, est un contre-sens. Les deux puissances une fois admises, vous serez bientôt forcé de

reconnaître que vous n'avez rien à voir dans les choses de la religion, et que ses ministres doivent entrer partout où la religion entre elle-même. Ce principe n'est autre que celui qui servait de fondement à l'ancienne juridiction ecclésiastique; comme elle prétendait connaître de tout ce qui relevait du for intérieur, elle n'avait pas de peine à démontrer que l'ordre social tout entier était de sa compétence; aussi l'avait-elle envahi. N'en peut-il être autrement même aujourd'hui? Quelque raison supérieure veut-elle que le culte puisse fermer sa porte, et se fasse ouvrir celle des autres? Ne peut-on, sans injustice, distinguer dans l'enseignement religieux la surveillance de la direction? A la bonne heure; mais au moins qu'on le sache : car, si c'est une nécessité politique, ce n'est assurément pas un droit constitutionnel.

§ VI. — Des obligations comprises dans la protection des cultes.

Nous avions besoin des notions qui précèdent pour aborder la question suivante : Qu'est-ce, à proprement parler, que la protection des cultes? Dans un pays où l'on en reconnaît plusieurs, où on les déclare égaux, où les consciences se partagent librement entre eux, à quoi oblige la protection promise?

Les cultes, avons-nous dit, sont du domaine de la police de l'État; c'est donc la police de l'État qui les protége, et ce seul mot devrait prévenir toute méprise sur la fin, les obligations et la limite de cette protection. La protection est extérieure au culte; après avoir pourvu à ses besoins matériels, elle écarte autour de lui les obstacles; elle réprime les voies de fait, adressées du dehors aux fidèles qui le suivent, aux ministres qui le servent, aux objets qu'il consacre; c'est l'esprit des articles 260, 261, 262, 263 et 264 du code pénal. Mais elle s'en tient à cette police extérieure; elle ne pénètre pas dans le culte; elle le laisse à lui-même; elle n'épouse point ses dogmes; elle ne prend point parti dans ses querelles; en un mot, elle est civile, et non théologique. La loi de 1825 sur le sacrilége était plus théologique que civile; elle confondait les limites; elle punissait la voie de fait sur un objet

sacré, non comme trouble selon la police, mais comme profanation selon le dogme; elle faisait de la vérité religieuse une vérité légale; elle changeait le gouvernement, qu'elle mettait sur la pente de la théocratie, et, en vengeant l'attentat contre Dieu, devenait elle-même un attentat.

Ce qui est vrai du dogme est vrai de la discipline; car la discipline n'a été établie qu'en vue du dogme; elle est le moyen et il est la fin. Si la loi civile adopte la discipline et lui communique sa force obligatoire, elle n'a plus de raison pour ne pas adopter le dogme; la raison est même plus grande pour l'un que pour l'autre; car le dogme est d'institution divine, et la discipline d'institution humaine; il y aurait de la part de la puissance civile une inconséquence choquante à se communiquer à l'ouvrage de l'homme, et à se refuser à l'ouvrage de Dieu. Si l'on entre une fois dans le cercle d'idées particulières au culte, ce sont là de ces choses entre lesquelles on ne peut plus choisir. On n'est maître de les séparer, que comme on l'est de tomber dans l'absurde. Cela fut si bien entendu, lors de la discussion sur le sacrilége, que l'inexorable logique du catholicisme, dans la personne de M. de Lamennais, rappela l'indivisibilité absolue des choses de la religion, et démontra facilement qu'on faisait trop ou trop peu : « La vérité, ajoutait M. Royer-Collard dans ce discours immortel où la raison est si haute et si éloquente, la vérité ne souffre point ces transactions particulières. De quel droit votre main profane scinde-t-elle la majesté divine, et la déclare-t-elle vulnérable sur un point, invulnérable sur les autres, sensible aux voies de fait, insensible à toute autre espèce d'outrages? Il a raison, cet écrivain qui trouve votre loi mesquine, frauduleuse et même athée. Dès qu'un seul des dogmes de la religion catholique passe dans la loi, *cette religion tout entière doit être tenue pour vraie et les autres pour fausses;* elle doit *faire partie de la constitution de l'État,* et de là se répandre *dans les institutions politiques et civiles. Autrement l'État professe l'indifférence des religions; il exclut Dieu de ses lois; il est athée.* » Pour nous, aujourd'hui, l'inconséquence ne changerait que de face, et resterait la même; en adoptant une partie de la discipline, on l'adopte tout en-

tière; et l'adoptant tout entière, on adopte le dogme et tous les dogmes; la loi du sacrilége n'avait que le tort d'être incomplète, et un tort bien plus grand serait de l'avoir abolie.

La discipline ecclésiastique n'a point été conçue dans l'intérêt de la liberté; elle en exige le sacrifice continuel par les renoncements de toute espèce qu'elle impose. Son principe est que la liberté est aliénable; le principe constitutionnel est qu'elle ne l'est point; la discipline demande à l'homme et au citoyen de s'abdiquer au besoin pour elle; la Charte ne le déclare incapable que de renoncer à sa propre nature. Tant que la volonté de l'homme persévère dans le sacrifice, c'est sa liberté même que la loi respecte dans sa soumission à la discipline; mais elle la viole dès qu'elle prête à celle-ci sa puissance coactive et coercitive, pour fermer au sacrifice volontaire tout retour à la liberté. L'assemblée constituante a reconnu ces grands principes en abolissant les vœux monastiques.

Ici se présente la question du mariage des prêtres catholiques. Car entre les vœux monastiques et le célibat des prêtres, l'analogie est évidente; que l'on renonce à sa liberté pour entrer en religion ou pour entrer dans les ordres, la question est la même.

Je dirai d'abord ce que j'y vois et ce que je n'y vois pas. J'y vois une question de droit; rien de plus, rien de moins. Je n'y vois pas un combat de considérations opposées; où il s'agit d'un droit, les considérations sont secondaires; il y a des inconvénients dans le mariage du prêtre, des inconvénients dans son célibat forcé. De quel côté sont les plus grands? Cela même est douteux, et je n'ai point à répondre. Je n'y vois pas non plus un jugement à porter sur l'action du prêtre qui se marie; je puis la croire digne de blâme et même de mépris, sans que la question change. Que l'usage qu'il fait de sa liberté soit bon ou mauvais, il reste toujours à savoir si c'est de sa liberté qu'il use: la question est immuable, et il faut bien pardonner à un publiciste de s'en émouvoir.

Ou la loi civile défend en propres termes le mariage du prêtre, ou elle se tait.

Je suppose une prohibition formelle, et je cherche, dans le point de vue constitutionnel où nous sommes, à me faire une

opinion sur ce procédé législatif. Je me demande avant tout à quel ordre d'idées appartient le mariage; je trouve à ce sujet un principe tout établi dans l'édit de novembre 1787, qui rend l'état civil aux protestants, et une doctrine toute faite dans les éloquents mémoires de Portalis et de Target qui l'ont préparé; je les trouve même dans notre code, qui ne donne à la mort civile d'autre puissance sur le mariage que d'annuler ses effets civils, ce qui lui suppose des effets d'une autre espèce, et je me dis que le mariage est un contrat du droit naturel. Cela posé, je crois que le pouvoir législatif abuse de lui-même, quand il interdit à une personne capable un contrat qu'il n'interdit même pas dans un sens absolu à un mort civilement.

A l'excès de pouvoir s'ajoute une contradiction. La loi civile ne veut pas que l'on viole en moi la liberté du mariage, ni même qu'on la restreigne ou qu'on la gêne; si je me lie, elle me délie au nom de l'ordre public, et cependant elle ne permet pas au prêtre de se délier quand il le veut. Quand je livre ma liberté, elle me la rend malgré moi; quand le prêtre redemande la sienne, elle la retient malgré lui. Quoi donc? L'ordre public serait-il autre pour le laïque, autre pour l'ecclésiastique? La différence n'est pas explicable par le droit commun; car des deux côtés il y a consentement, et le consentement est, là non avenu, ici irrévocable. Pour en trouver la raison, on est forcé de recourir à la dernière de toutes les hypothèses permises, de supposer que la loi qui garantit les droits de l'homme donne sa sanction à celle qui en immole un des principaux; c'est-à-dire de supposer que la loi qui protége s'assimile la loi protégée; c'est-à-dire encore, de supposer la subversion même du système protecteur.

Voilà ce que l'on pourrait dire d'une prohibition expresse; mais cette prohibition expresse, où est-elle? De l'ordre constitutionnel nous passons ici à l'ordre légal, et sans doute on ne présumera pas facilement que le législateur a fait ce qu'il ne pouvait pas faire. On sent d'abord que le texte prohibitif doit se trouver dans la législation constitutionnelle, et que d'anciens textes, avec lesquels elle serait incompatible, ne seraient pour nous d'aucune autorité, à moins que la législation constitution-

nelle elle-même ne se les fût appropriés. Il n'y a qu'un enseignement à retenir de l'histoire de l'Église; c'est qu'elle n'a pas toujours défendu le mariage de ses ministres; la défense ne date que du XIIe siècle, et, puisqu'elle a fourni sous la loi du mariage sa période la plus longue et la plus belle, c'est qu'apparemment le célibat du prêtre n'est pas essentiel à la religion. La prohibition, portée plus tard dans un esprit que nous n'avons pas à juger, a duré, nous en convenons, jusqu'à la révolution de 89. Quelle a été alors la condition du prêtre relativement à la loi civile? Qu'y avait-il à prouver, du droit ou de la défense? Si le mariage eût été une concession de la loi positive, c'est la liberté qui aurait eu besoin d'un texte; mais s'il est de droit naturel, c'est la prohibition qui doit être écrite. Une règle du droit des gens, devenue l'article 1127 du code civil, dit: « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » La capacité est donc la règle générale, l'incapacité l'exception, et je demande à l'exception où est son titre.

Les premiers textes, depuis la révolution, sont de 91, 92 et 93. La constitution de 91 déclare que *la loi ne reconnaît plus de vœux religieux, ni aucun autre engagement qui soit contraire aux droits naturels ou à la constitution;* mais elle ne fait cette déclaration que dans le préambule réservé à la doctrine. Il était impossible de désigner plus clairement le mariage des prêtres sans le nommer; cependant elle ne le nomme pas, et n'enlève pas tout à fait la question au raisonnement. Les décrets de 93 vont jusqu'à punir l'évêque de son opposition spirituelle au mariage du prêtre; ils font irruption dans le sein même de la société ecclésiastique; ils y détruisent toute liberté; ils y violent les devoirs de la protection, et cependant encore ils ne sont qu'implicites sur la question. Assurément, rien ne serait plus facile que d'en dégager le principe de la liberté; mais procédons largement; point d'argumentation sur les textes; ceux de 91 ne sont pas assez formels; ceux de 93 sont violents. Supposons qu'ils n'existent pas; tout ce qui en résultera, c'est que la liberté du mariage reste debout, appuyée sur le droit naturel, et attendant un texte contraire.

On a cru trouver ce texte dans les articles organiques de

l'an x; article 6 : « Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la république, l'*infraction des règles consacrées par les canons reçus en France*, etc. » Article 26 : « Les évêques ne pourront ordonner aucun ecclésiastique... s'il ne réunit les qualités requises *par les canons reçus en France.* » On a dit que le canon qui défendait le mariage aux prêtres ayant été autrefois reçu en France, la loi civile l'avait adopté.

Soyons vrais : si telle eût été la pensée du législateur de l'an x, il l'eût dite autrement. S'en référer vaguement aux anciens canons reçus en France, et laisser à la science et à l'induction le soin d'en extraire ce que l'on veut dire, ce n'est pas ainsi que l'on procède, quand on se propose de déroger au droit naturel, et de signifier à la philosophie de son temps le contraire de ce qu'elle croit et de ce qu'elle désire. Personne moins que l'illustre rédacteur des articles organiques n'eût enveloppé cette grande mesure dans une obscurité d'oracle, lui qui venait de contribuer avec Target à restituer le mariage au droit naturel, et qui savait combien une telle exception avait besoin d'être claire, surtout sous l'impression encore récente des textes de 91 et de 93. S'il eût entendu faire revivre dans son intégrité l'empêchement canonique, à la fois prohibitif et dirimant, n'eût-il trouvé, dans son exposé des motifs, d'autres paroles que celles-ci : « Pour les ministres... à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite par ces règlements n'est point consacrée *comme empêchement dirimant* dans l'ordre civil; ainsi leur mariage, *s'ils en contractaient un*, ne serait point nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes? Mais, *dans le for intérieur et dans l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoniques.* Ils continueraient à jouir de leurs droits de famille et de cité; *mais ils seraient tenus de s'abstenir de l'exercice du sacerdoce.* Conséquemment, sans affaiblir le nerf de la discipline de l'Église, on conserve aux individus *toute la liberté et tous les avantages garantis par les lois de l'État.* » Nier l'empêchement dirimant, se taire sur l'empêchement prohibitif, stipuler *toute*

la liberté garantie par les lois de l'État, était-ce là manière de faire entendre que l'empêchement était rétabli comme prohibitif et dirimant? Ce qui prouve qu'en parlant de l'empêchement dirimant, Portalis ne sous-entendait pas l'empêchement prohibitif, c'est ce qu'il a dit plus tard dans son rapport du 3 frimaire an XI sur le mariage : « La prêtrise n'est point un empêchement au mariage; une opposition fondée sur ce point ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a point été sanctionné par la loi civile. »

Qu'on ne s'étonne pas de ne rien trouver, dans les articles organiques, qui modifie l'état civil du prêtre; la sécularisation de l'état civil de tous les citoyens était devenue un principe de notre droit public, comme conséquence de la liberté religieuse et de la pluralité des cultes; le prêtre n'avait pas cessé d'être citoyen; Portalis a soin d'en avertir, et on laissait le droit public produire son effet sur lui comme sur les autres. Les articles organiques n'ont qu'un objet : c'est de régler les rapports de la société civile avec le prêtre qui veut rester prêtre, et qui, loin de s'affranchir du ministère de son choix, l'exagère, en abuse et s'en fait une arme pour entreprendre sur les choses et les personnes du siècle. C'est la situation inverse de celle où le prêtre veut se marier, c'est-à-dire rentrer dans la condition commune. Si on ne lui reproche que l'infraction des canons *reçus en France*, c'est parce qu'on ne pouvait lui imputer à faute l'infraction de ceux que l'on ne reconnaissait pas; cette clause de style n'est qu'une précaution gallicane contre les prétentions ultramontaines. La résurrection de l'empêchement canonique devait se trouver là moins qu'ailleurs; car, en stipulant l'indépendance de l'État, il eût impliqué dans les termes de le subordonner à une loi qui n'était pas la sienne.

Lorsque l'ancien régime délibérait sur la réception d'un canon, il n'envisageait que le rapport de l'État avec la cour de Rome; le gouvernement se préoccupait d'une de ses relations extérieures. Son souci n'était pas, ne pouvait pas être de combiner le canon avec le droit public intérieur que nous a donné la Charte. Si le sens des articles organiques est que tout canon autrefois reçu en France est, par cette seule raison, entré dans

la loi civile de nos jours, rien n'est plus radicalement contre-révolutionnaire que les articles organiques; il faut renoncer à tout autre droit public, à commencer par la liberté de conscience. Un publiciste (1) a eu raison de dire : « Si cet argument est fondé, je me fais fort d'en faire sortir l'ancien régime tout entier. » Mais l'argument a tort; il ne prouve rien, car il prouve trop.

La prohibition n'est donc pas dans les articles organiques; elle n'y est pas et n'y pouvait pas être. Le droit naturel reste seul.

Pourquoi la loi civile, qui prohibe les vœux monastiques perpétuels, ne prohibe-t-elle pas le célibat des prêtres? La raison en est simple : la vie monastique n'importe pas essentiellement à la religion, et la loi ne veut pas d'une aliénation de la liberté naturelle qui n'a pas pour elle l'excuse de la nécessité. Mais le culte ne peut se passer de ministres, et la loi n'était dans l'obligation de défendre ni à la société ecclésiastique d'imposer des conditions à ses membres, ni à ceux-ci de les accepter. Voilà pourquoi la loi n'a défendu ni le mariage ni le célibat des prêtres, et a laissé la liberté dans les termes du droit naturel. Ce silence est plein de sagesse.

Chose étrange! La prohibition qui n'est pas dans la loi est, ou peu s'en faut, dans la jurisprudence; la jurisprudence se charge de l'excès de pouvoir, dont le législateur s'est fait un scrupule, et elle s'en charge avec la complication que voici : des arrêts interdisent à l'officier de l'état civil de recevoir le mariage du prêtre, quoique la loi ne le défende pas, et des arrêts permettent l'adoption par le prêtre, parce que la loi ne la défend pas; or, si le mariage est de droit naturel, l'adoption est de droit civil : ce qui donne pour résultat que le silence de la loi s'interprète en faveur du droit civil et contre le droit naturel.

(1) M. Serrigny, professeur à la faculté de droit de Dijon, *Traité de droit public*, t. Ier, p. 578.

SECTION QUATRIÈME.

DE L'ÉGALITÉ DES CULTES ENTRE EUX.

L'égalité des cultes est le troisième principe que proclame l'article 5 de la Charte. Une classification rigoureuse eût pu la ranger dans la section précédente, comme un des modes de la protection légale; mais elle a des conséquences si graves et si peu aperçues, que je crois devoir lui consacrer une section particulière.

Si l'on entendait, sous la Charte de 1814, que l'égalité des cultes n'était pas détruite par la proclamation d'une religion de l'État, elle ne pouvait au moins subsister, dans l'esprit de ceux qui y croyaient encore, que modifiée et restreinte, et l'on avait apparemment, pour concilier ces deux principes, quelque moyen que nous ignorons. Aujourd'hui qu'il n'y a plus de religion de l'État, l'égalité des cultes, dégagée de toute restriction, est nécessairement entière : autrement où serait la différence entre les deux régimes? Mais, même entendue dans son sens le plus large, elle ne peut s'entendre encore que d'une égalité de droit; car, chez nous, l'inégalité de fait est immense entre le catholicisme romain et les autres cultes; c'est une raison de plus de maintenir l'égalité où elle est possible, puisque, si l'on permet au fait d'envahir le droit, elle ne sera nulle part. Or, il y a invasion de l'un dans l'autre toutes les fois que le pouvoir résout une question religieuse par la statistique, toutes les fois qu'il fait pour la religion de la majorité ce qu'il ne fait pas pour celle de la minorité, ou qu'il impose au culte numériquement le plus faible un sacrifice qui n'a pas sa raison dans le droit commun. Il est évident que si la supériorité numérique se transforme en droit, l'égalité est détruite, et la garantie chimérique.

Ceci s'adresse à tous les hommes publics qui contribuent à faire la loi ou à l'exécuter : l'obéissance qu'ils ont jurée à la Charte leur crée un devoir que peut-être ils n'ont pas assez médité.

L'égalité des cultes n'est concevable que du gouvernement

aux gouvernés ; elle n'est pas à l'usage de ceux-ci entre eux, et ils la trouvent si peu dans la morale privée, que même cette morale y résiste. Pour l'homme considéré comme croyant, les cultes ne sauraient être égaux, et l'on n'obtiendra jamais qu'il mette les dissidents sur la même ligne que le sien; en sorte que, dans la situation neuve où nous place notre régime, le principe de l'égalité n'existe que dans la région du droit public, et ne pourrait en descendre dans la vie privée sans rencontrer autant d'adversaires qu'il y a de consciences convaincues. En supposant donc un homme d'une foi fervente dans un emploi public, il doit se partager en deux personnes, telles à peu près que Louis XIV croyait les reconnaître en lui-même ; sa prédilection particulière et son devoir civique sont aux prises au fond de son âme; le fonctionnaire demande ce que le croyant ne peut accorder : l'impartialité religieuse; aussi élevé-je ce sentiment au rang des plus hautes vertus, parce qu'il atteste une lutte et un triomphe.

Chose en effet étrange, et pourtant vraie! Voilà une vertu qui ne sort pas de sa source ordinaire, de la religion que l'on professe; elle en sort si peu, que même elle la contrarie. Et cependant rien n'est plus naturel ; la plus simple réflexion réconcilie la croyance avec la doctrine constitutionnelle. Ce que celle-ci demande au dépositaire de l'autorité, ce n'est pas, à Dieu ne plaise! le sacrifice de sa foi, mais seulement de n'en pas porter le joug dans l'exercice de ses fonctions. Effort difficile peut-être, mais nécessaire, et certainement légitime. Est-ce donc la première fois que les nécessités de la vie sociale distinguent l'homme privé de l'homme public, pour imposer à l'un des devoirs très-réels, qui cependant répugnent à l'autre? Notre législation ne défend-elle pas au juge de prononcer d'après l'équité, et de la préférer à la loi écrite? D'Aguesseau n'a-t-il pas recours à toute son éloquence pour se prémunir contre son propre cœur et contre ce qu'il appelle, par une alliance de mots, les séductions de sa vertu? Ne lui défend-on pas encore de juger une question de fait d'après ses connaissances personnelles, et sa conscience de magistrat ne se sépare-t-elle pas de sa conscience d'homme, en lui ordonnant de mettre la preuve judi-

ciaire avant le témoignage de ses sens? Si nous faisons pour les grands intérêts du droit public moins que pour les plus modiques intérêts de la justice civile, songez-y bien : une partialité picuse s'infiltrera goutte à goutte dans le régime de la Charte; la majorité numérique laissera son empreinte sur chaque acte du pouvoir, le culte le plus faible perdra dans les lois d'application l'égalité que lui promet la loi fondamentale, et le résultat sera le même que s'il y avait une religion de l'État.

Il n'y aura plus de droit commun en matière religieuse; mais, selon l'occurrence, un droit catholique ou protestant, et plus probablement catholique.

C'était une loi catholique que celle du 20 avril 1825 sur le sacrilége; son tort n'était pas de réprimer l'outrage fait à l'objet d'un culte, cette répression entrait dans les devoirs de la protection légale, mais d'élever l'outrage au crime de lèse-majesté divine, et de punir de la même peine le croyant et celui qui tenait de la Charte le droit légal de n'avoir pas la même croyance. Cette égalité extrême était une extrême et violente inégalité.

C'est une loi catholique que celle du 18 novembre 1814, qui interdit certains commerces pendant le temps de l'office divin; son vice ne serait pas d'obliger les sectateurs des cultes différents à des convenances réciproques, mais, au contraire, de ne prendre cette mesure qu'au profit d'un seul, sans réciprocité pour les autres.

Elle est encore toute catholique cette jurisprudence qui ne permet l'action criminelle contre le ministre du culte qu'à la condition de faire vérifier préalablement, par le conseil d'État, s'il n'y a point d'abus ecclésiastique. Cette jurisprudence ne tient aucun compte de la différence des cultes; il ne peut y avoir de tort spirituel qu'entre deux personnes appartenant à la même croyance, et l'on entrave l'action du protestant contre le prêtre catholique, par une raison qui ne peut être applicable qu'à un catholique.

TITRE QUATRIÈME.

DE LA LIBERTÉ DE LA PRESSE.

« Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois.
« La censure ne pourra jamais être rétablie. »
(Art. 7 de la Charte.)

Les droits de l'homme en général ont été révélés à notre conscience; chacun de nous en a la notion innée, et dans tous les temps, même sous le despotisme, la philosophie, à défaut de la législation, en a trouvé la véritable doctrine. En voici un cependant qui semble né d'hier; il n'en est pas sur lequel les idées aient flotté aussi longtemps, d'un extrême à l'autre, de l'inexorable censure à la liberté sans limite, épuisant toutes les combinaisons intermédiaires, et ne parvenant qu'à grand'peine à se fixer. Leur marche irrégulière offre cependant trois époques principales entre lesquelles on remarque un enchaînement rationnel : d'abord l'ancien régime, présentant le spectacle de la philosophie aux prises avec la censure; ensuite l'époque de 91, posant le principe constitutionnel, sans l'organiser dans les lois, et aboutissant à des alternatives d'anarchie et de despotisme; enfin la période de la Charte, qui entreprend, en 1819 et 1822, d'adopter un ordre légal, un principe constitutionnel,

Digitized by Google

c'est-à-dire de résoudre la dernière et la plus grande difficulté du système. C'est après ce long voyage que l'on est arrivé aux quelques lignes qui composent l'article 7.

La cause de la presse libre est jugée; elle n'est pas seulement un droit pour les citoyens, mais un moyen pour le pouvoir; elle a en France un avantage particulier; nous n'avons d'ardeur politique que pour les révolutions; l'état calme et normal de la société nous refroidit et nous énerve; les mouvements de la presse libre sont les seuls signes de la vie publique.

L'impression produite par la découverte de l'imprimerie fut un singulier mélange d'enthousiasme et d'épouvante; on la célébrait en l'enchaînant; on glorifiait le prodige, on muselait le monstre; le même pouvoir l'appelait *divine*, et punissait de mort quiconque en faisait usage (1); la témérité semblait aussi grande que si l'on eût dérobé le feu du ciel. Le gouvernement de l'époque ne dut y voir qu'une matière à des règlements de police; l'idée d'un droit ne pouvait même se présenter à lui; au sein des persécutions religieuses des xve et xvie siècles, il eût été inconséquent de reconnaître à la pensée la liberté que l'on refusait à la conscience. On fit comme dans un danger public; on se fortifia sur tous les points, en religion, en politique, dans les lettres, contre la redoutable merveille, qui semblait n'apparaître au milieu d'un incendie que pour y jeter de nouveaux aliments. On confia le salut commun à la censure; mais la censure débuta par une étrange méprise, même dans le système prohibitif; elle se crut appelée non-seulement à empêcher la publication des mauvais livres, mais à porter un jugement sur ceux auxquels elle laissait prendre l'essor, et le protocole de la permission portait que le livre paraissait *avec approbation et privilége du roi*. L'approbation était de trop; la véritable fonction de la censure était d'interdire toute attaque contre les principes fondamentaux de l'ordre social, et de laisser le livre inoffensif se produire à ses risques et périls. En le présentant pour ainsi dire sous son patronage, elle s'associait im-

(1) Édit de Louis XII du 9 avril 1513; *id.* de Henri II, et déclaration de 1553.

plicitement à ses doctrines, et prenait sur elle une responsabilité trop lourde pour des hommes. C'est ce que sentit fort bien Malesherbes, directeur de la librairie sous Louis XV; il crut que sa mission était de prévenir certains maux, mais non de discipliner l'esprit humain, ni d'en régler les élans dans les sphères nouvelles où il se lançait; il fut le premier à soupçonner que la découverte de Guttenberg pouvait bien renfermer un droit pour l'humanité, car la philosophie réclamait plutôt une franchise littéraire qu'un droit politique, et ces méditations conduisirent Malesherbes à la gloire singulière de concevoir des scrupules sur son propre pouvoir. Il en fit confidence au duc de Berry, père de Louis XVI, dans des mémoires dont M. Boissy d'Anglas nous a conservé la substance, et où l'on apprend comment un moyen mécanique peut participer à l'inviolabilité de la pensée; mais l'homme d'État ne révéla le mystère à l'héritier présomptif du trône qu'en lui demandant le secret : témérité clandestine qui caractérise l'homme et son siècle, et qui montre de combien l'un avait devancé l'autre. Malesherbes connivait au fond de l'âme avec la philosophie de son temps; il ne faut plus s'étonner que l'*Encyclopédie* ait pu paraître sous sa direction, ni que, sous une censure qui semblait approuver le livre qu'elle n'arrêtait pas, celui qu'elle avait arrêté allât se faire imprimer hors de France, et y rentrât à peu près sans obstacle. Rousseau, qui avait eu tant de raisons d'étudier ce régime de la librairie, et qui était d'ailleurs bien venu de son directeur, nous en rend le témoignage suivant : « Dans les pays où il est défendu d'imprimer sans permission, ceux qui désobéissent sont punis quelquefois pour avoir désobéi; mais la preuve qu'on ne regarde pas au fond ce que dit un livre comme une chose fort importante est la facilité avec laquelle on laisse entrer dans l'État ces mêmes livres que, pour n'en pas paraître approuver les maximes, on n'y laisse pas imprimer (1). »

Ainsi, imprimer sans permission en France avec la chance de n'être pas puni; faire imprimer en Hollande ou en Allemagne, avec la presque certitude d'ouvrir la France au livre;

(1) *Lettres écrites de la Montagne*, partie Ire, lettre V.

Digitized by Google

tel était à peu près le régime de la librairie, quand la révolution commença. L'époque de 91 est une de celles où la philosophie se fait loi aux yeux de tous, et où on la surprend le mieux à l'instant précis de sa transformation. Toutes nos premières formules ont été écrites sous sa dictée. Aussi l'assemblée constituante n'hésita-t-elle pas à proclamer la liberté de la presse comme un droit naturel, et à la garantir à ce titre. S'est-elle trompée? On l'a soutenu depuis; on a prétendu qu'elle dérivait d'une origine moins antique et moins élevée, du droit positif; on l'a souvent traitée en conséquence.

Les droits naturels, a-t-on dit, nous viennent de Dieu; nous les tenons de lui dans leur plénitude et se suffisant à eux-mêmes; à chaque faculté il a donné un organe; nous voulons marcher, et nous marchons; parler, et nous parlons, sans que l'homme ait rien à y ajouter. Mais la liberté de la presse ne nous vient pas de Dieu; elle a sa source dans une invention humaine, et elle n'est possible que par elle. A la vérité, la pensée est et doit être communicable, puisque l'être auquel elle est donnée n'est pas fait pour vivre seul; mais s'ensuit-il que tous les moyens artificiels de la communiquer sortent de la même origine et participent de la même nature? La conclusion ne semble juste que du don naturel à l'organe naturel; ainsi, Dieu n'a pas été libéral à demi; il a accompagné la pensée de la parole, sans laquelle la créature intelligente n'eût été qu'imparfaitement douée; mais dans cet état, la libéralité divine est complète; rien n'y manque, et, pour qu'elle remplisse les vues de la Providence, elle n'a besoin de rien de plus. Aussi tout obstacle à l'usage de la parole est-il une violation d'une loi de notre nature; l'homme qui en est privé est infirme; celui à qui on en défend l'usage est opprimé. Pour Tacite, un des plus effrayants symptômes de la tyrannie est de n'oser communiquer la pensée par la parole. « Nous aurions aussi, dit-il, perdu la mémoire avec la voix, s'il était autant en notre pouvoir d'oublier que de nous taire. » *Memoriam etiam cum voce perdidissemus, si tam in nostra potestate esset oblivisci quam tacere.* Mais on n'en pourrait pas dire autant de la presse. Tout avertit qu'elle n'est pas essentielle à l'homme; elle est contingente; elle n'a pas toujours

été; elle pourrait ne pas être. Que fût-il avenu si l'imprimerie n'eût pas été découverte? La société civile eût-elle manqué d'un de ses éléments? Disons-nous des peuples de l'antiquité qu'ils ont été tous et nécessairement opprimés, par la seule raison qu'ils n'ont pas connu la presse libre? Le disons-nous des peuples contemporains qui n'en jouissent pas? Conçoit-on qu'un droit naturel dépende d'un accident? Le genre humain a longtemps vécu sans elle; au xve siècle, il avait déjà fourni presque toute sa carrière connue, et il ne l'avait pas fournie sans liberté, sans grandeur ni sans gloire; la civilisation grecque et romaine conserve encore sur la nôtre plus d'un genre de supériorité. C'est un sophisme de dire que les auxiliaires ajoutés par l'industrie humaine à l'organe naturel de la pensée sont naturels comme lui, puisqu'ils concourent au même but. Cette induction est démentie par les faits et les lois : les représentations théâtrales sont un moyen de communiquer la pensée, et elles sont sujettes à la censure (1); les crieurs et les afficheurs publics sont des instruments de communication, et l'autorisation administrative leur est nécessaire (2); la télégraphie est un moyen de communication, et, quand elle n'est pas autorisée, elle est punie comme un délit (3). L'identité du but ne suffit donc pas à tous les moyens de communication pour participer au droit naturel, et la Charte, en stipulant la liberté de la presse, ne la déclare pas, elle la crée.

Ces raisons m'ont ému; j'ai longtemps hésité; mais la réflexion me ramène aux principes de la Constituante, qui, en ceci comme en tant d'autres choses, a eu un sentiment juste des droits de l'homme. Le tort de l'objection est d'entendre le droit naturel d'une manière trop étroite, de le circonscrire dans je ne sais quel état primitif, et de le séparer de la civilisation. Posez le principe contraire, dites que la civilisation est dans la nature, ce qui vous sera facile en argumentant de notre perfectibilité, et vous verrez l'objection s'évanouir. La perfection est devant nous; c'est l'imperfection que nous laissons en arrière; les

(1) Loi du 9 septembre 1835.
(2) Loi du 10 décembre 1850.
(3) Loi du 2 mai 1837.

auxiliaires que le génie de l'homme adapte à ses facultés innées accroissent au droit naturel, et s'y incorporent; leur culture ne leur est pas plus étrangère que la branche au tronc dont elle sort. Ces développements ultérieurs sont l'objet du travail que la Providence laisse à la charge de l'être perfectible. Je conçois que la pensée, avec la nature communicative pour attribut et la parole comme moyen, fasse un tout complet qui se suffit rigoureusement; mais je ne doute pas que, si l'homme ajoute à la parole l'écriture qui la fixe, et l'imprimerie qui la propage, s'il procure au don céleste l'étendue et la durée qui lui manquent, ces additions ne restent dans la nature. Il est bon, il est moral d'élargir ainsi le droit naturel, de faire couler abondamment cette source sacrée sur la civilisation tout entière, et d'accroître le domaine des choses inviolables. La liberté y gagne, et la Providence en est mieux secondée. Aussi dirait-on qu'elle a voulu marquer l'imprimerie de ce signe privilégié; elle en a permis la découverte à propos, dans ce XVIe siècle où s'est achevée l'existence des nations, où toutes les barrières se sont abaissées entre elles, où toutes les parties du genre humain se sont rejointes, où la pensée commune qui leur est venue a eu besoin d'une voix aussi puissante qu'elle. Colomb venait d'ajouter un hémisphère à un hémisphère; Guttenberg ajoute aussi son monde au monde déjà connu, et l'univers intellectuel s'agrandit dans la même proportion que l'univers physique.

L'analogie que l'on cherche dans les représentations théâtrales, les crieurs et afficheurs publics et la télégraphie, manque de justesse. Ces modes de communiquer ou de transmettre la pensée opèrent dans des circonstances et avec des procédés particuliers, qui en font autant d'exceptions. Les représentations théâtrales ne se donnent qu'au milieu d'hommes rassemblés, et les rassemblements d'hommes ont toujours été du ressort de la police; les crieurs et les afficheurs s'établissent sur la voie publique, dont la police a toujours réglé l'usage. Quant à la télégraphie, l'analogie est encore moins juste; l'objet du télégraphe n'est pas la diffusion de la pensée, mais sa transmission par une voie secrète; sa fonction est celle d'un messager; il reçoit la pensée d'autrui par une sorte de dépôt nécessaire, pour

la faire connaître, à l'aide de signes mystérieux, sur un point désigné; il s'en rend le confident obligé; il s'en rendrait le maître dans les affaires publiques et privées, si une loi ne l'avait fort justement retiré du commerce. Rien de semblable ne se passe entre un livre et ses lecteurs.

La Constituante a donc eu raison; un droit est né de la découverte de l'imprimerie, un droit homogène à ceux en compagnie desquels il est inscrit dans la Charte, et qui est inviolable comme eux. Il fallait avant tout le déclarer; car l'indifférence sur l'origine de nos droits dégénère bientôt en scepticisme sur nos droits mêmes (1). Mais pourquoi s'est-elle arrêtée à la proclamation du principe et n'en a-t-elle pas réglé l'application? Par plusieurs raisons.

D'abord, tout est successif en législation, rien ne s'y fait d'un seul jet. La Constituante avait le génie de l'humanité, elle n'avait pas celui de l'organisation; le sentiment éclairé du droit suffisait à sa tâche; ce qui restait à faire demandait une expérience que le génie ne supplée pas, et que le temps seul peut donner.

Ensuite, la liberté de la presse a ceci de particulier entre les autres, qu'elle ne présente d'abord à l'esprit qu'une idée, celle d'affranchir ce qui était asservi; il semble que quand on a ôté son entrave à une faculté naturelle qui a son énergie spontanée, il ne reste qu'à la laisser marcher seule, et qu'ici l'œuvre du législateur consistât dans un acte unique, la suppression de la censure. Cela fait, on a eu peine à comprendre que la pensée pût avoir sa discipline; il semblait être de son essence qu'on lui donnât tout ou rien, et que, la régler, supposât le droit de l'asservir. Dirige-t-on le vol de l'aigle sans lui couper les ailes? Modère-t-on les mouvements de la flamme sans l'éteindre au besoin? On est allé jusqu'à dire que les écrits ne sont pas au nombre des faits punissables, ni même des faits proprement dits. Dans Tacite, Cremutius Cordus, le premier martyr peut-être de la liberté de publier sa pensée, commence ainsi sa

(1) Nous verrons dans la seconde partie en quoi la liberté de la presse est indispensable à la représentation nationale. Nous nous en tenons ici à constater son origine et à la revendiquer pour le droit naturel.

Digitized by Google

défense : *Scripta mea arguuntur, adeo factorum innocens sum.* On accuse mes écrits, tant mes actions sont innocentes! Cette impression fut celle des philosophes du dernier siècle; Voltaire qui avait adressé une épître au roi de Danemark, pour le féliciter de la liberté qu'il laissait à la presse dans ses États, écrivait à madame du Bocage, à l'occasion des poursuites dont le livre d'Helvétius était l'objet (1) : « Il n'y a qu'à ne rien dire. Les livres ne font ni bien ni mal. Cinq ou six cents oisifs, parmi vingt millions d'hommes, les lisent et les oublient. Vanité des vanités, et tout n'est que vanité! Quand on a le sang un peu allumé, et qu'on est de loisir, on a la rage d'écrire. Quelques prêtres atrabilaires, quelques clercs ont la rage de censurer... » On peut croire ce que l'on voudra de l'indifférence de Voltaire pour les productions de l'esprit; toujours est-il que la première notion de la liberté de la presse a été celle d'une liberté sans limite, et qu'aujourd'hui encore cette idée n'est abandonnée ni par tous ses amis, ni par tous ses ennemis; car on arrive au même résultat par les motifs les plus contraires; et, selon le point de vue que l'on se choisit, on peut, en la souhaitant affranchie de tout frein, lui vouloir également beaucoup de mal ou trop de bien. Ses véritables amis savent qu'une liberté non responsable serait un monstre en morale et en droit, et que, vouloir ainsi la liberté de la presse, c'est ne la vouloir pas. Aussi leur plus grand souci est-il de trouver le vrai système pénal de la presse, comme le corrélatif nécessaire de sa liberté. De qui vient ce mot d'*immanis lex*, sous lequel on a appelé sur elle une loi répressive? D'un de ses amis les plus fervents. Soyez terribles, s'il le faut, semblait dire M. de Chateaubriand, mais laissez-nous libres. A ne considérer, dans une poursuite judiciaire, que la poursuite elle-même, c'est un contre-sens d'y voir un signe d'asservissement de la presse; il n'y a pas de preuve plus évidente de sa liberté.

Ce que peut ou ne peut pas pour la presse le principe constitutionnel, à l'état de simple proclamation et sans organisation

(1) Lettre du 27 décembre 1759; *Correspondance générale*, t. XXXVIII, p. 426, de l'édition de Crémière-Bonhomme.

légale, la période de 91 le montre à tous les yeux ; tour à tour violent ou faible, selon les réactions de la politique ; oppresseur de 91 au 18 fructidor an v ; opprimé par le coup d'État de cette époque, il se relève et succombe alternativement dans le cours des révolutions suivantes. La constitution de l'an VIII institua sous un titre retentissant *la commission sénatoriale de la liberté de la presse*, et presque aussitôt, à un mois d'intervalle, après avoir, par cette déception pompeuse, accordé au principe la satisfaction d'un mot et d'un fantôme, l'arrêté du 27 ventôse an VIII, trouvant sous sa main l'arme laissée par le coup d'État de fructidor, la jugea bonne, la prit pour son usage, et en frappa un peu plus fort sur la presse périodique. L'empereur eut en 1806 une velléité libérale ; une comédie de Colin d'Harleville venait d'être publiée, avec une permission conçue dans le protocole de l'ancienne censure ; le *Moniteur* (1) eut ordre de faire connaître le déplaisir qu'en ressentait l'empereur ; démonstration sans conséquence en faveur d'une muse inoffensive. Mais, moins de quatre ans plus tard, le décret du 5 février 1810 s'appesantit sur toute la presse périodique ou non périodique, jusqu'à la faire retomber dans la même dépression qu'avant 89 ; je me trompe, dans une dépression plus grande ; car mieux vaut le temps où l'on aspire à la liberté que celui où on la perd. Quant à la restauration, elle a passé les quinze années de son existence dans une guerre de tous les jours contre la presse ; elle a élevé sur les termes de la Charte de 1814 des disputes dignes du Bas-Empire ; elle a soutenu, pour rétablir la censure, que *réprimer* était synonyme de *prévenir*, sans s'apercevoir que sa logomachie n'allait pas seulement à la destruction de la liberté de la presse, mais de toute liberté physique et morale ; elle a décidé que lorsque la Charte proclame notre droit de publier nos pensées, en nous conformant aux lois, elle désigne les lois préventives autant que les lois répressives, et elle a mis l'écrit entre deux feux, la censure avant, la peine après la publication ; elle a déclaré que la presse périodique n'était pas comprise dans la presse libre, et elle a

(1) Du 22 janvier 1806, p. 96.

fait à celle-ci cet immense retranchement. Elle n'a su approcher le monstre qu'en le chargeant d'entraves, ni les lui ôter sans s'effrayer de ses bonds.

Enfin elle a institué en mai 1819 et mars 1822 l'ordre légal, la troisième des périodes de la presse, celle où nous sommes, et nous lui devrions une éternelle reconnaissance d'avoir donné son complément au principe, si elle ne s'était presque aussitôt déclarée incompatible avec son propre ouvrage. Qu'est-ce que le rapport de M. de Chantelauze sur les ordonnances du 25 juillet, sinon un adieu, dans lequel elle proclame que la monarchie, telle qu'elle l'entendait, ne peut vivre avec l'ordre légal, tel qu'elle l'avait créé? Que fait la Charte de 1830 lorsque, après avoir garanti le droit de publication, elle défend le rétablissement de la censure, c'est-à-dire lorsqu'elle insère dans son article 7 un pléonasme devenu nécessaire; que fait-elle, sinon raffermir le principe constitutionnel et garder l'ordre légal? Car la conquête s'est faite en deux campagnes, celle du principe d'abord, celle de la conséquence ensuite. Et cependant, aujourd'hui que la victoire est complète dans la loi, elle ne l'est pas encore dans les esprits; plus d'un ami sincère du régime constitutionnel excepte la liberté de la presse de son dévouement à la Charte, et assiste en spectateur incrédule à son développement légal. Comprenons cette défiance, sans la partager, car tout n'est pas préjugé en elle; ce serait même un préjugé fort injuste de le supposer. Disons ses vérités à la presse dans son triomphe, nous qui croyons à la bonté de sa cause; et il faut en effet que sa cause soit bien bonne, pour qu'elle ne l'ait pas gâtée : ses excès ont trop souvent donné raison aux sceptiques et découragé ses propres amis. Cet aveu coûte d'autant moins que sa cause est gagnée, et qu'il est aujourd'hui bien démontré qu'en elle la force qui attire est plus grande que celle qui repousse. Chercher la raison de cet état de choses, c'est la tâche de la doctrine. La doctrine, venant définir le droit si laborieusement conquis, rappelle ces savants de l'armée d'Égypte, qui, mettant la science à la suite de la victoire, étudiaient derrière elle les monuments qu'elle leur avait livrés.

Les deux parties de l'article 7 correspondent aux deux grandes

difficultés de la matière : *Le droit de publier et de faire imprimer...* c'est la liberté dont la conquête a tant coûté, et il ne restait qu'à écrire : *en se conformant aux lois;* c'est la condition de toute espèce de droit; la liberté qui ne serait pas gouvernable ne serait pas sociable. Non-seulement une règle est nécessaire à la liberté de la presse, mais elle lui est plus nécessaire qu'à toute autre; la raison en est simple. Tandis que nos droits en général se renferment dans la vie privée, et n'y demandent que la protection des lois, celui-ci est essentiellement actif; le repos serait pour lui le néant; la vie privée ne saurait le contenir sans l'étouffer; il faut qu'il en sorte, qu'il fasse, comme la flamme, irruption au dehors et qu'il pénètre chez les autres; il est d'une nature entreprenante, agressive, inquiète; tout cela est virtuellement dans le droit de publier sa pensée. Certes, jamais droit n'eut plus besoin d'une discipline, comme jamais discipline ne fut plus difficile à trouver. Mais quand elle est trouvée, il n'y a plus d'objection de bonne foi contre la liberté de la presse, et ce nouvel hôte des nations civilisées doit être mis par elles à la même place que leurs droits les moins contestés. Cette égalité que nous réclamons pour tous les droits inscrits dans la Charte nous impose une tâche différente, selon que nous traitons de la liberté de conscience ou de la liberté de la presse : la première affecte de leur être supérieure, il faut la réduire à l'égalité; la seconde passe chez quelques-uns pour leur être inférieure, nous la relevons jusqu'à l'égalité. Celle-là prend le titre de puissance et de puissance gouvernante, nous lui répétons qu'elle est un droit constitutionnel, et par conséquent une chose gouvernable; on a bien dit de celle-ci qu'elle était une puissance, mais ce n'était qu'une figure de style pour exprimer son influence sur les esprits. Il y a donc dans le monde, pour et contre chacune d'elles, des notions diversement fausses, qui ont un égal besoin d'être rectifiées.

Les lois sur la presse peuvent s'envisager sous deux rapports: comme prohibitives, ou défendant l'usage sur certaines choses; comme répressives, ou punissant l'abus après l'usage.

Digitized by Google

§ Ier. — Des lois prohibitives.

Le droit de tout dire n'existe pas plus que celui de tout faire. Il y a des choses dont on n'a pas besoin d'attendre la publication pour les condamner, car elles sont jugées d'avance, puisqu'il en résulte un mal certain, sans aucun bien possible. C'est donc légitimement que la loi en prohibe la publication. La liberté n'en souffre pas.

La prohibition peut s'entendre ou des personnes ou des choses.

Quant aux personnes, il est rare que la loi leur interdise la publication de leurs opinions. Cependant le Code pénal en offre un exemple lorsqu'il défend aux ministres des cultes la critique des actes du gouvernement dans leurs instructions pastorales; partout ailleurs, ils jouissent du droit commun; mais là, quand ils distribuent le pain de la parole, la loi use de son droit, dans l'intérêt même de la liberté, en défendant aux régulateurs de la foi religieuse de présenter comme articles de foi les solutions politiques de leur prédilection.

Un critique spirituel (1) blâme les lois du 9 septembre 1835, par la seule raison qu'elles rendaient impossibles les travaux théoriques d'un célèbre publiciste sur la constitution américaine. La loi qui fait taire un tel homme n'est pas, dit-il, une bonne loi. Il veut que tout soit permis sur toutes choses au talent supérieur, pour ne perdre aucune de ces vérités qui se révèlent aux esprits élevés et hasardeux, ne voyant d'ailleurs aucun inconvénient à ce que la presse ne soit accessible qu'aux hommes sérieux et instruits, et à ce que des lois rigoureuses en ferment l'entrée aux autres. Ce ne serait plus la liberté, mais le privilége, et le privilége serait illégitime même au profit du génie. Il n'y a rien à dire des théories dont la mort a emporté le secret; mais je sais que les Français sont égaux devant la loi, et que le droit de publier leurs pensées leur est reconnu à tous sans distinction.

(1) M. Nisard, *Étude sur Armand Carel*, t. II, p. 176.

Il y a des faits dont il est légitime d'interdire absolument la publication. Ainsi il n'est pas permis de rendre compte des débats d'un procès en diffamation; le compte que l'on rendrait du procès serait la répétition du délit; il est juste qu'on refuse la publicité à un fait dans lequel la publicité même est le mal à réprimer. L'opinion réclame une exception analogue pour les dépositions des témoins cités devant les tribunaux criminels; la loi recommande de les entendre en l'absence les uns des autres, afin qu'ils ne s'influencent pas réciproquement, et qu'ils ne livrent à la justice que leurs impressions personnelles. Si cependant les débats se prolongent pendant plusieurs jours, les journaux font connaître les déclarations de la veille aux témoins entendus le lendemain, et la publicité rend vaines les précautions de la justice.

La défense de publier un fait dommageable n'est pas une atteinte réelle à la liberté, et l'on y acquiesce volontiers. Mais on ne se rend pas aussi facilement sur la prohibition, dont l'objet est un principe que l'on veut retirer de la discussion et mettre en réserve. La loi du 9 septembre 1835 a, la première, donné l'exemple de ce genre de restriction, et l'esprit philosophique ne le lui a pas encore pardonné. Il faut comprendre sa susceptibilité, et, comme c'est à lui que nous devons la liberté de la presse, il est juste de lui rendre compte de la manière dont on régit son ouvrage. Toutes les fois qu'il s'agit d'une chose sujette à la loi du progrès, faisant partie du monde perfectible et par conséquent variable, où la présomption est qu'il y a chance permanente d'amélioration, il n'appartient à aucun homme de décider que tel principe n'a plus rien à gagner à l'examen public, et de le dérober à l'éternel travail de la raison; c'est proprement le domaine du droit de discussion, et je suis d'avis que la philosophie le défende à outrance. Mais tout dépend-il donc de ce monde perfectible? N'y a-t-il pas de ces choses essentielles, qui ne sont vraies que si elles sont immuables, et desquelles le seul soin à prendre est de les conserver? La morale n'est-elle pas de ce nombre? Peut-elle être, si elle n'est absolue? Y a-t-il une morale de rechange? Les choses réservées par la loi du 9 septembre ne semblent pas d'une

autre nature, et je ne sais pas à quel genre de perfectionnement renonce une nation qui ne veut pas que l'on attaque la sainteté du serment et le droit de propriété.

Une épreuve, que n'a point encore subie la liberté de la presse, mais qui l'attend dans l'avenir, c'est la crise d'une guerre, d'une guerre sérieuse, menaçante pour nos institutions et notre indépendance, et qui oblige à rassembler toutes les forces physiques et morales du pays. L'armée tient la campagne; mais au dedans s'agitent les factions, de ces factions sans patriotisme, que nous avons vues à l'œuvre, et que l'on ne calomnie pas en affirmant qu'on n'en saurait ni penser ni craindre trop de mal. Quel sera pendant la crise le régime de la presse? Il va sans dire que la loi peut commander le silence sur les opérations militaires; ce que l'on fait légitimement dans un intérêt ordinaire, et à l'occasion d'un procès, on le peut sans contredit quand il y va du salut de la nation. Mais que l'on y prenne garde : la question va plus loin; le régime prohibitif peut paraître insuffisant; ses moyens d'intimidation n'agissent pas sur les factions politiques; il n'a rien pour balancer chez elles la grandeur de leur intérêt et la chance de trouver dans le succès l'impunité et le pouvoir; même quand il s'arme de ses plus terribles menaces, il n'a encore de sanction que dans l'application d'une peine après le crime. Le crime que les lois ordinaires attendent avant de sévir n'occasionne qu'un désordre partiel, et n'est pas mortel à la société tout entière; ses effets sont réparables; la vie sociale n'en continue pas moins, et la peine qu'il subit plus tard produit le double effet de l'expiation et de l'exemple. Mais un crime qui se commet en avertissant l'ennemi, en divulguant le secret des opérations, en détruisant chez ceux qui exécutent toute confiance dans ceux qui commandent; un crime dont le résultat possible est de compromettre l'armée, la flotte, l'État; un tel crime est-il de ceux auxquels pourvoit la justice répressive? L'asservissement et la conquête sont-ils de ces maux que l'on attende, par respect pour les principes? Les principes sont-ils faits pour perdre ou pour sauver? Il y a de ces extrémités où l'on ne réprime plus; on prévient ou l'on périt. Que faire donc?

Cette question se présente aujourd'hui pour la première fois dans toute sa difficulté; car aujourd'hui seulement l'ordre légal commence à donner de véritables scrupules. Jusqu'ici le nœud n'a été que tranché, et l'on a moins cherché des solutions que des expédients. Le premier consul venait de réduire le nombre des journaux à quatorze, et avait ainsi montré à la presse périodique s'il entendait se faire un embarras de sa liberté, lorsque, après la rupture de la paix d'Amiens, il se trouva en présence de la nécessité que nous discutons; ce qui serait aujourd'hui l'occasion d'un orage parlementaire fut pour lui l'affaire de quelques lignes écrites de sa main; il adressa au ministre de la police le billet suivant, que nous a conservé M. Thiers (1): « Je vous prie, citoyen ministre, de prévenir par une petite circulaire les rédacteurs des quatorze journaux, de ne rien mettre qui puisse instruire l'ennemi des différents mouvements de nos escadres, à moins que cela ne soit tiré du journal officiel. Paris, 1er ventôse an IX. » Cette façon de faire réussirait mal aujourd'hui; autre temps, autres principes, autre esprit. Le premier consul se trouverait en présence d'une nécessité à lui inconnue, de cette défense inexorable: *La censure ne pourra jamais être rétablie,* inscrite par une révolution dans la Charte, et avec laquelle il serait obligé de compter. Il m'en coûte d'être inconséquent, sitôt après avoir posé le principe; comme Louis XI, qui demandait pardon à sa bonne amie du mal qu'il avait résolu de faire, je demande pardon de la manière dont j'évite celui que nous prévoyons; mais le système préventif me paraît seul efficace contre l'affreux malheur dont il n'est même pas permis de courir le risque, et le mot de censure tombe malgré moi de ma plume.

§ II. — Des lois répressives.

Nous examinerons successivement les deux parties nécessaires de tout système répressif, l'incrimination et la juridiction. Commençons par la première.

(1) *Histoire du Consulat.* On retrouve cette recommandation à l'ouverture de la campagne d'Austerlitz : « Faites défense aux gazettes du Rhin de parler de l'armée, pas plus que si elle n'existait pas. » Liv. XXII.

De l'incrimination.

Cette belle loi du monde moral qui, à l'idée de liberté, attache nécessairement l'idée de responsabilité, est tellement rigou reuse, que partout où la responsabilité ne se voit pas, la liberté peut se nier, mais que partout où la responsabilité est évidente, elle atteste la liberté; cette réflexion est plus vraie de la liberté de la presse que de toute autre; car plus on la conteste, plus elle a besoin de preuves. La responsabilité ne se réalise cepen dant que par un bon système pénal; c'est donc bien mériter de la presse, d'indiquer le point où on peut lui dire : Tu viendras jusqu'ici, tu n'iras pas plus loin; et, quand elle le dépasse, la châtier, c'est l'aimer. Mais dans cette matière toute métaphysique, la véritable incrimination, celle qui a pour base une analyse exacte du délit, ne s'est révélée qu'à des esprits d'élite, et si les grands noms de la littérature du XVIIIe et du XIXe siècle ont donné plus d'éclat aux preuves philosophiques de la liberté de la presse, il y avait peut-être plus de difficulté dans l'organisation légale de sa responsabilité. Ce coursier ailé, que l'Arioste donne pour monture à ses preux, est une allégorie assez juste de la liberté que nous voulons définir; sauvage et indompté, il faut le craindre; son vol à travers l'espace donne le vertige; ses écarts précipitent le téméraire qui l'essaye; et cependant il peut devenir le messager des mondes, bondir sûrement d'un pôle à l'autre, supprimer par sa vitesse l'intervalle des deux hémisphères, s'élancer jusqu'aux astres pour en rapporter la raison d'un homme; mais toutes ces merveilles ne sont possibles que s'il reçoit le frein, et il ne le reçoit que de la main des héros.

Deux ordres de lois régissent la presse : les lois de police sur l'imprimerie en général, sur les journaux en particulier, et les lois pénales proprement dites qui s'appliquent aux délits moraux. Celles-ci seules sont de notre sujet, car elles intéressent plus directement le droit constitutionnel; l'objet de notre étude est de vérifier si elles imposent à la liberté quelque sacrifice qui ne

soit point nécessaire, et comment elles organisent la responsabilité.

I. Les délits de la presse, ainsi distingués des contraventions de police, ont, avec les délits ordinaires, des rapports de ressemblance et de dissemblance. Ils ont ceci de commun qu'ils se composent des mêmes éléments, du fait et de l'intention; c'est en cela qu'ils sont des délits moraux. Ils en diffèrent en ce que les deux éléments, que les délits ordinaires réunissent dans le même sujet, se séparent dans les délits de la presse; c'est sous ce rapport que ceux-ci deviennent des délits *sui generis*. La différence provient de ce que, dans le délit ordinaire, le même sujet conçoit et exécute, tandis que, dans le délit de la presse, l'exécution tient à l'emploi d'un moyen mécanique, qui n'est jamais ou presque jamais à la disposition de celui qui conçoit.

Envisagez, en effet, la culpabilité ordinaire sous tous ses aspects, dans l'auteur principal, dans le coauteur, dans le complice par tous les modes possibles de complicité; il faudra bien toujours retrouver entiers dans chaque prévenu les deux éléments essentiels, le fait et l'intention, qu'il s'agisse soit du délit complet, soit de la partie du délit qu'on lui impute.

Au contraire, dans le délit de la presse, le fait de publication, qui est le fait incriminé, se compose de trois actes distincts et successifs : la rédaction, l'impression et l'édition. Ce qui arrive le plus communément, c'est que chacun de ces trois actes est dévolu à un agent séparé, et que chaque agent reste étranger aux deux actes qui ne sont pas les siens : l'auteur écrit, mais ne publie pas; l'imprimeur imprime, mais ne publie pas; l'éditeur publie, mais n'a ni écrit ni imprimé. A la vérité, les trois agents ont une intention commune ; l'auteur n'a écrit que pour publier; l'imprimeur n'a fourni ses presses qu'en connaissance de la destination du livre, mais enfin, l'intention séparée du fait ne constitue pas le délit. Le délit semblerait donc ne se trouver que chez l'éditeur, le dernier des trois agents, qui s'approprie le fait des deux premiers et y ajoute le sien, c'est-à-dire la publication même. En effet, on s'est d'abord arrêté à l'idée que le délit gisait uniquement dans l'édition.

Quel serait alors le rapport légal des deux premiers agents

avec le troisième, en considérant l'éditeur comme auteur principal ?

On a répondu que l'écrivain devait être considéré comme complice, parce qu'il avait fourni à l'éditeur l'instrument du délit. Mais cette réponse est fausse en droit; l'écrit publié n'est pas l'instrument du délit; c'est le corps du délit même; le fait de la publication ne se conçoit pas indépendamment de l'écrit publié. La situation légale de l'écrivain n'est donc pas celle du complice. Ajoutons que, dans un délit de cette nature, le rôle de l'écrivain ne peut pas être secondaire; les effets bons ou mauvais du livre étaient tous dans sa pensée, et c'est à lui surtout que revient le mérite ou le démérite de la publication. On ne serait plus dans le vrai, si l'on rejetait le délit principal sur un des deux derniers agents qui, en imprimant et en publiant, ont exercé une industrie dont ils vivent et fait un acte de leur profession.

Quant à l'imprimeur, on l'a envisagé sous les rapports les plus divers: on a dit tour à tour qu'il exerçait et un ministère forcé et une profession libre. Si son ministère est forcé, il n'est pas responsable; il n'est responsable que s'il a le droit de refuser ses presses, si sa profession est libre. On a soutenu que son ministère était forcé, par la raison qu'il ne pouvait pas dépendre de lui de paralyser par son refus l'exercice d'un droit reconnu naturel, et qu'en faisant de l'imprimeur un officier ministériel, on avait, quand il y a délit, l'avantage de détourner la responsabilité d'une tête presque toujours innocente pour la fixer sur celle de l'auteur, qui ne peut pas ne pas être coupable. Mais la liberté de la presse n'est de droit naturel que des citoyens au pouvoir, pour empêcher celui-ci de l'entraver par des mesures préventives, et lorsque les parties sont d'ailleurs d'accord, l'une pour faire imprimer, l'autre pour imprimer; de l'auteur à l'imprimeur, cette convention est libre comme toutes les conventions. Il n'y a aucune analogie entre l'imprimerie et les officiers ministériels; l'office est de la création de la loi; l'imprimerie est un produit de l'industrie; le ministère de l'officier doit être forcé, puisque la loi oblige à y recourir, et que, dans certaines conjonctures dont on n'est pas le maître, on ne peut se passer de notaire, d'avoué,

d'huissier, de commissaire-priseur. Mais personne n'est dans la nécessité d'écrire : *écrive qui voudra;* et si l'auteur ne peut publier son opinion sans le concours d'un tiers, rien au monde ne met ce tiers dans sa dépendance. La profession de l'imprimeur est donc libre; il reste par conséquent au nombre des agents responsables; il a fourni l'instrument du délit; il peut être complice. Quant à l'application qu'on lui fera du principe, elle sera relative aux circonstances; c'est une question de fait, du domaine du juge; et si, dans l'hypothèse donnée, l'auteur est nécessairement coupable, il est très-possible que l'imprimeur ne le soit pas.

En ce qui touche l'éditeur, comme l'acte dont il se charge, à savoir la publication, est l'accomplissement même du délit, il est difficile de lui donner la qualification de complice.

En résumé, toujours dans la supposition d'un délit avéré, la qualification d'auteur principal convient à l'écrivain et à l'éditeur, celle de complice à l'imprimeur; mais l'acte de l'écrivain est nécessairement un acte de l'intelligence, ce qui n'est pas vrai au même degré de l'imprimeur et de l'éditeur. Si l'écrivain et l'éditeur sont auteurs du délit, chacun en ce qui le concerne, c'est avec cette différence qu'il est certain que l'écrivain s'est associé au fait de l'éditeur, puisqu'il l'a voulu et qu'il a compté sur lui, tandis qu'il ne l'est pas que l'éditeur se soit associé à la pensée de l'écrivain, qu'il a pu ne pas connaître ou ne pas bien juger. En un mot, il y a quelque chose d'absolu dans la culpabilité de l'écrivain, et de relatif dans celles de l'imprimeur et de l'éditeur.

Les rôles ainsi fixés, où réside le délit de la presse? Il est hors de doute qu'il ne se consomme que par la publication. Mais la publication le constitue-t-elle tout entier et exclusivement? Cela ne saurait être, puisqu'il n'y aurait de coupable que l'éditeur. La publication est la condition nécessaire du délit, mais elle n'en est pas l'essence; elle ne l'absorbe pas. Les éléments du fait moral sont dans l'écrit; l'écrit est intrinsèquement coupable; la publication n'est qu'un fait extérieur, sans lequel, à la vérité, il ne tombe pas sous la juridiction pénale, mais avant lequel existe la culpabilité morale.

Digitized by Google

On n'est point parvenu sans effort à mettre cette précision dans la doctrine; elle a commencé par confondre ce qu'elle démêle aujourd'hui laborieusement. La loi française ne connaît de délit qu'après la publication; le manuscrit non publié n'est que le confident de l'auteur; quoique exprimées sur le papier, ses plus mauvaises pensées ne sont pas encore sorties de sa conscience. Notre loi considère la presse comme l'instrument de la publication, et pas autrement. Mais la publication n'est que la condition extérieure du délit; à peine la condition est-elle accomplie, que la pensée sort de la conscience et vient se soumettre aux tribunaux; aussi la discussion ne porte-t-elle que sur l'écrit qui la contient, comme sur le siége de la culpabilité. Cette doctrine date chez nous de 1819; c'est la gloire de M. de Serres. Autrefois, la loi anglaise avait mis la culpabilité elle-même dans la publication; la question de *coupable ou non coupable* ne se posait que sur ce fait, et la discussion de l'écrit était interdite. Il a fallu de longs efforts, et une grande et généreuse éloquence pour remettre la culpabilité à sa véritable place, et pour rendre au jury l'appréciation morale de l'écrit; c'est la gloire d'Erskine (1). De cette conquête commune résultent deux principes fondamentaux : il n'y a de délit punissable qu'après la publication, mais la culpabilité est dans l'écrit.

II. Examinons, à l'aide de ces principes, une institution sur laquelle la loi du 18 juillet 1828 a fondé l'organisation de la presse périodique, l'institution des gérants de journaux. La presse périodique est, peu s'en faut, la presse entière ; ses bons ou mauvais effets se généralisent, et semblent devenir le caractère de la liberté même de la presse. Inutile de dire que nous n'allons pas l'envisager dans ses rapports avec les lois de police; il est clair qu'un journal, personne fictive, a besoin d'un représentant qui parle, agisse, stipule et compte pour lui; qui fournisse le cautionnement, et fasse les déclarations et les dépôts; il est tout aussi clair que la loi peut mettre à une institution créée par elle les conditions qu'elle jugera convenables, et

(1) Voy. particulièrement son plaidoyer pour le doyen de Saint-Asaph; *Barreau anglais*, t. II, p. 101.

exiger que le gérant jouisse de ses droits civils, qu'il soit mâle, majeur, sujet du roi. Rien de tout cela n'est en question; car dans ces choses d'administration, de pure observance, de procédure, pour lesquelles on a réservé le mot de contravention, le droit naturel est désintéressé, et le droit positif peut très-compétemment pourvoir à de simples besoins de police. Mais ce qui nous préoccupe, c'est le rapport de l'institution du gérant avec les délits moraux commis dans le journal; c'est que le gérant réponde non-seulement de la contravention qui est de son fait, mais du délit qui n'en est pas; c'est qu'il sorte de l'ordre de la police, où il est né, et qu'il entre dans l'ordre moral. Je sais bien que cette institution ainsi comprise a pour elle l'autorité de la loi positive en France et en Angleterre; je sais qu'en Angleterre elle a résisté aux attaques que lui a livrées le bon sens public, et que notamment le bill qui fut présenté en 1712, dans le but de forcer les rédacteurs à signer leurs articles, échoua par le crédit de Swift, qui n'a jamais rien publié sous son nom, son génie satirique ne se sentant à l'aise que sous le voile d'un pseudonyme (1). L'Angleterre n'était pas le pays où l'on devait insister sur la responsabilité personnelle des journalistes; un journal s'y occupe avant tout des intérêts collectifs, politiques, commerciaux, industriels; ce qu'on lui demande, c'est l'opportunité des renseignements, c'est la promptitude de leur transmission; il suffit à l'homme public ou au négociant d'être exactement informé de ce qu'il lui importe de savoir. On s'y inquiète peu du rédacteur de tel article, car le plus grand intérêt de la feuille y est moins personnel qu'ailleurs. Mais autres sont les mœurs de la France; le rôle du rédacteur y est plus en relief. Aussi j'examine en France la question, indépendamment de la loi écrite, d'après le droit naturel et la morale universelle, à laquelle elle appartient, et je demande si, une personne ayant écrit un article de journal, une autre peut se présenter pour en répondre, et s'il suffit que la loi positive l'ait ainsi voulu, pour que cet arrangement soit légitime.

L'unique raison que l'on en donne, c'est que le gérant est

(1) Hallam, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. V, p. 140.

chargé de la publication, et que la publication contient si complétement le délit, qu'il n'y a rien à chercher en dehors. Mais nous savons à quoi nous en tenir sur un argument qui ferait douter de la liberté de la presse, puisque entre deux personnes, dont l'une est certainement coupable et l'autre le plus souvent innocente, c'est celle-ci qu'il rend responsable du fait de l'autre. Aux yeux de la loi et de la jurisprudence, le rédacteur se confond si peu avec le gérant, que l'on acquitte celui-ci quand il n'a pas connu ou n'a pas pu connaître l'article incriminé; l'acquittement fondé sur ce motif suppose nécessairement un rédacteur en dehors de la poursuite; autrement l'article incriminé serait un effet sans cause. L'identité du rédacteur et du gérant n'existant pas plus en droit qu'en fait, il y a nécessité, sous peine de tomber dans l'absurde, que la loi fasse acception des deux personnes. Il n'est plus en elle de ne connaître que le gérant.

A défaut de la raison, on oppose l'autorité; que l'argument ne vaille rien, à la bonne heure, dit-on; mais il y a une déclaration souveraine de la loi; la loi, par une de ces fictions qu'elle a le droit de créer, transporte la responsabilité sur la tête du gérant.

Quand la loi parle, il y a obligation d'obéir, mais non d'approuver; c'est en cela seulement que sa déclaration est souveraine. Le *sit pro ratione voluntas* n'est la devise que du despotisme, et je ne crois point à l'omnipotence du législateur. Il y a pour lui des impossibilités morales comme des impossibilités physiques, et quand il a établi des gérants responsables du délit des rédacteurs, je crois qu'il a rencontré sa limite, et qu'il l'a franchie. La loi qui attache la responsabilité au mauvais usage de la liberté est une loi fondamentale, à laquelle la loi humaine ne peut déroger. La responsabilité n'est point une chose officielle. Aucune puissance au monde ne peut faire, ni que celui-là qui est libre ne soit pas responsable, ni que celui-là soit responsable qui n'est pas libre, ni que celui-là ne réponde de rien, qui a agi, ni que celui-là réponde de tout, qui n'agit point; en d'autres termes, aucune puissance ne peut faire que les fautes et les peines ne soient pas personnelles. Je ne suis

pas plus responsable pour votre compte, que je ne suis libre à votre place; je ne puis être responsable que de la manière dont je suis libre, pour moi seul; la proposition contraire se retournerait contre la liberté; car, si je dois répondre de vous, je dois pouvoir vous empêcher d'agir.

Et c'est précisément ce qui arrive dans tous les cas où le droit civil rend responsable du fait d'autrui; il ne rend responsable que du fait des personnes sur lesquelles on a de l'autorité : du mineur, du préposé, du domestique, auxquels on peut faire des injonctions et des défenses; ces personnes ne sont pas libres, dans les circonstances où la responsabilité est prononcée. Les rédacteurs d'un journal acceptent-ils cette position vis-à-vis du gérant? Et encore la responsabilité du père, du commettant et du maître, n'est que civile; celle du gérant est pénale; elle l'atteint dans ses biens et dans son corps.

On parle de fictions. Mais, en droit, les fictions sont loin d'être arbitraires; elles ont leur règle dans la raison et dans la justice universelle; leur objet est de suppléer à la réalité dans un intérêt social, et elles ont alors leur vérité relative; elles deviennent illégitimes si elles blessent cette raison et cette justice mêmes, qui leur servent de base. La loi peut feindre qu'une personne en représente une autre dans toutes les choses où celle-ci peut être représentée ou a besoin de l'être; mais elle ne peut feindre cette représentation dans les choses qui, comme la responsabilité pénale, tiennent essentiellement à la personne : vérité rigoureuse, qui n'a été méconnue qu'où le droit naturel a été méconnu lui-même. A Rome, l'accusé prouvait son innocence en faisant appliquer son esclave à la question (1); mais il fallait pour cela l'esclavage.

Le faux principe de la loi de 1828 a plus de portée qu'on ne pense. Non-seulement il déplace la responsabilité qui ne se déplace pas; mais il a un autre tort qui réagit sur la liberté même de la presse, ou au moins de la presse périodique. Cette liberté, avons-nous dit, est de droit naturel; la Charte la recon-

(1) « Innocenti saluti solet esse, ut servos in quæstionem pollicetur. » Cic., *Pro Roscio*, 28.

nait chez tous les Français sans distinction d'âge ni de sexe; les étrangers eux-mêmes y participent; elle n'est point bornée aux nationaux. Si cependant la responsabilité qu'elle engendre se concentre uniquement sur la tête d'un gérant, d'une personne à qui la loi fait la condition d'être mâle, majeure, sujette du roi, de jouir de ses droits civils et de payer un cautionnement, à ce point qu'aux yeux de la loi tout soit censé provenir de cette personne, la liberté de la presse périodique n'est plus de droit naturel; car la liberté s'abîme dans la fiction avec la responsabilité, et les mineurs, les femmes, les étrangers, les morts civilement en sont exclus. Plus on y songe, plus les difficultés de droit se multiplient.

La loi est souveraine sans doute dans les détails extérieurs et matériels de son exécution; on nomme un gérant; on le poursuit, on le condamne. Mais voilà tout; les effets moraux sont hors de sa puissance; ceux-ci ne s'obtiennent que si les principes de la loi sont dans le vrai. A quoi tend l'application d'une peine? Ce n'est pas à frapper pour frapper; son but est plus élevé : c'est à l'expiation, selon les uns; à l'exemple, selon les autres, et peut-être aux deux résultats en même temps. Lequel obtient-on dans le système des gérants?

D'abord, il est clair que l'effet est nul sur le rédacteur. C'est lui qui a délinqué; et il voit le coup qui le cherche passer sur sa tête, et frapper à ses côtés. Il ne se met en évidence que s'il le veut bien; sa présence est un luxe dans une procédure qui marche sans lui et se suffit à elle-même, ou plutôt, je me trompe, le système produit un effet très-réel, mais directement contraire à celui que l'on attend; il enhardit le rédacteur; il ne lui procure pas seulement l'impunité, en quoi il ne le délivrerait que de la responsabilité pénale; il lui assure encore l'incognito, qui lui épargne jusqu'à cette responsabilité morale, cette crainte de l'opinion qui, dans nos délibérations intimes, sert de contrepoids aux tentations de mal faire. Quelque chose de nous s'attache toujours à nos actes extérieurs et immédiats; après une bonne conscience, c'est le frein le plus puissant de nos passions. Mais grâce à cette égide du pseudonyme dont l'organisation du journal couvre le rédacteur, rien de lui ne reste dans l'article

Digitized by Google

coupable; il aventure sa mauvaise pensée sur le papier; il s'en décharge et s'en détache entièrement; un intermédiaire s'en empare, qui rompt la voie; le délit est jeté dans une bouche de bronze, qui le livre au public et se tait sur l'auteur; de l'ombre où il se tient, il décoche son trait dans la lumière; c'est la lâcheté autorisée; c'est un guet-apens légal. Que l'on songe à tout ce que cette combinaison renferme d'encouragement à la déclamation, à l'injure, au paradoxe, et que l'on dise s'il se peut quelque chose de plus dépravateur pour la presse périodique.

L'effet vaut-il mieux sur le gérant? Mais quelle expiation tirer d'un homme qui n'a rien à expier? Condamnez-le à la prison et à l'amende; d'autres payeront l'amende, et il ira en prison, moyennant une haute paye qui lui sera faite; il n'existe pas à autre fin. Que parlez-vous de remords, de regret, de pudeur, de blâme? Pâtir pour les autres, c'est sa profession; il en vit, comme l'Intimé, des coups qu'il reçoit; nous connaissions un homme qui est bourreau par métier, en voici un dont le métier est d'être victime. Le délit du rédacteur est le gagne-pain du gérant; l'intérêt de celui-ci est l'inverse de l'intérêt public, et plus le délit donne, mieux va le commerce. Pour qui, de grâce, une peine ainsi infligée est-elle une leçon? Partisans de l'expiation, où est sa moralité? Partisans de l'exemple, où est son utilité? Entre un coupable dont la peine se détourne, et un spéculateur qui s'en enrichit, que devient la répression?

On allègue l'impossibilité d'organiser autrement un journal. S'il en était ainsi, la conclusion ne serait pas encore en faveur de l'institution des gérants; elle serait seulement contre la liberté de la presse périodique. Une liberté, qui ne serait possible que par la subversion des fondements de la morale, ne serait pas une vraie liberté, et je nierais le droit qui serait à ce prix. Mais, plus on y pense, moins on conçoit l'impossibilité pratique d'une organisation qui aurait pour bases principales d'une part un gérant représentant le journal comme administrateur seulement, de l'autre, des rédacteurs signant leurs articles. On s'exagère la difficulté d'astreindre les rédacteurs à se

déclarer; on ne compte pas assez sur la force morale de l'institution, une fois rentrée dans le vrai. Où est l'homme de cœur qui reculerait devant un devoir, conséquence nécessaire de son droit? Quant à ceux qui seraient assez malheureux pour trouver ce devoir difficile, les mœurs aideraient la loi; un point d'honneur s'établirait chez chaque journal; une sorte de flétrissure s'y attacherait à l'anonyme et au pseudonyme; ce n'est pas l'exécution de la loi, c'est la fraude qui serait difficile; car l'opinion conspirerait avec la justice. Au pis aller, la fraude se poursuivrait devant les tribunaux correctionnels, comme contravention de police, et se constaterait par tous les moyens de l'instruction ordinaire. La pénalité devrait être forte; l'*immanis lex* de M. de Chateaubriand ne serait pas de trop, car il s'agit de réprimer un mensonge qui compromet la presse périodique; je voudrais une amende ruineuse, et, en cas de récidive, la suppression même du journal; en manquant à la condition de son existence, il se serait rendu indigne de vivre. Le gérant, nécessairement complice de la fraude, et qui, cette fois, répondrait de son propre fait, serait déchu de ses droits civiques et déclaré incapable d'être gérant d'un journal. Je voudrais ainsi donner une idée de la grandeur du mal par la gravité de la peine. Cette réforme aurait un effet immédiat sur le ton général de la presse périodique; on y sentirait l'œuvre d'hommes qui se respectent, parce qu'ils se produisent au grand jour: exactitude dans les assertions, mesure dans la polémique, conscience dans la discussion des intérêts sociaux. De généreux écrivains se sont plaints naguère d'une injustice de l'opinion qui fait tort à la mission de journaliste, jusqu'à la ravaler au rang d'un métier; j'aime leur indignation, mais voilà la cause du mal et le remède. Que chaque combattant sorte des rangs; qu'il se montre, la visière levée, et qu'il se nomme, comme les héros d'Homère; dès que la presse périodique ne sera plus représentée au dehors par un mercenaire exécutant une œuvre servile, elle parlera plus dignement au monde, elle en sera mieux écoutée.

III. Jusqu'ici nous avons supposé que le délit tout entier se consomme par la publication, et nous avons examiné sur quelles têtes réside, comment se distribue la responsabilité qui naît à

Digitized by Google

cet instant précis. Mais il est un cas où le délit n'est pas complet par la publication, et où, pour le devenir, il attend un événement ultérieur, qui lui-même est le fait d'un tiers, étranger aux trois actes successifs que nous avons distingués, à la rédaction, à l'impression, à l'édition. Il s'agit de la provocation par une voie quelconque de publication, et suivie d'effet; l'écrit se publie; un de ses lecteurs en reçoit une impression telle, qu'elle le pousse à un crime. Un quatrième acte est ajouté aux trois premiers; la chaîne se prolonge; on demande si la culpabilité se communique d'une de ses extrémités à l'autre. Le crime du tiers est-il imputable à l'écrit et à ceux qui y ont pris une participation quelconque? Par quelle raison, à quel titre, jusqu'à quel point et à quelle condition l'est-il?

Cette question est de celles qui nous appartiennent, puisqu'elle sert à caractériser le délit et la responsabilité qui en sort; elle a ceci de particulier, qu'elle ne s'arrête pas au droit spécial de la *presse*, mais qu'elle le combine avec le droit commun. Voici comment on peut la poser :

Un des modes de complicité reconnus par le droit commun est de provoquer au crime par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables. C'est la disposition de l'article 60 du code pénal. Pour que ce mode de complicité se réalise, il faut que le provocateur ait en vue une personne et un fait déterminés. Le don, la promesse, la menace, l'abus d'autorité ou de pouvoir, la machination ou l'artifice coupable n'agissent que sur un individu avec lequel on est en rapport direct. D'un autre côté, on ne le pousse que vers un but précis; on ne le provoque pas vaguement à un crime indéterminé et dont on lui laisse le choix; en un mot, on ne pousse pas une personne quelconque à un crime quelconque. La complicité par provocation suppose donc une double relation au fait et à la personne.

Cependant le droit spécial de la presse, tel que l'a établi chez nous la loi du 17 mai 1819, répute complice et punit comme tel le provocateur qui a poussé au crime par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures,

des peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, des placards et affiches exposés aux regards du public. Ce texte ne reproduit pas les conditions que le code pénal met à la complicité; il énumère les diverses manières de publier la provocation, mais il ne spécifie pas les motifs par lesquels le provocateur doit agir sur la volonté de la personne provoquée, les dons, promesses, menaces, etc. On demande si le droit spécial n'exige que ce qu'il exprime et dispense de ce qu'il n'exprime pas; en d'autres termes, si, en ne parlant que des moyens de publication qui s'adressent aux masses, et, en se taisant sur les moyens d'influence qui ne s'adressent qu'aux particuliers, il ne déroge pas au droit commun, et ne donne pas à entendre que, pour lui, la relation à une personne déterminée cesse d'être nécessaire. La cour des pairs, par son arrêt du 23 décembre 1841 (1), a décidé que la provocation, par une des voies qu'indique la loi de 1819, constituait la complicité, *qu'il y ait eu ou non rapport personnel entre l'auteur de la provocation et ceux qui ont commis le crime.* Cette décision a jeté l'alarme dans la presse; on l'accuse d'avoir exagéré la responsabilité, au point de rendre la liberté impossible; il ne reste à l'écrivain qu'à briser sa plume, s'il doit répondre de la manière dont un inconnu s'affectera de ses écrits.

La loi de 1819 ne continue ni ne renferme le code pénal. Il a son point de vue, et elle a le sien.

Le code pénal s'occupe des crimes ordinaires, de ceux qui se trament dans l'ombre, entre gens qui se connaissent, qui se choisissent, et qui s'associent pour le mal. Il est donc naturel que les conditions qu'il met à la complicité supposent entre le provocateur et l'agent un rapport personnel. Quand il fut conçu, les factions avaient perdu de leur audace, la presse n'était pas libre, et la préoccupation principale du législateur n'était pas de pourvoir à ses dangers. A la vérité, son article 102 punissait la provocation par des écrits imprimés; mais, borné aux crimes contre la sûreté intérieure de l'État, muet sur la nécessité de la

(1) Affaire Quénisset et Dupoty, *Journal de droit criminel*, 13e année, 1841, p. 353.

publication, cet article ne prononçait même pas le mot de complicité, comme pour laisser intactes les règles générales de l'article 60, et enfin il a été abrogé par la loi de 1819, qui reste seule en présence de ces règles.

La loi de 1819 est la loi d'une presse libre, qui a devant elle un vaste horizon où semer à pleines mains le bien et le mal. Le fait qu'elle a en vue ne se passe pas sur un point unique, entre deux ou plusieurs personnes qui se cachent, mais au grand jour et dans un espace immense, où la voix d'un homme s'adresse à tous. Ce qu'elle craint, c'est que l'appel fait aux masses n'excite au crime un seul de ceux qui lisent ou qui écoutent. Aussi ne reproduit-elle aucune des conditions de la complicité ordinaire, qui ne s'accomplissent que dans le rapprochement et le contact de deux individus, et n'exige-t-elle que la publication de l'écrit. L'écrit publié, elle en *répute* l'auteur *complice* du crime qui en est l'effet; elle ne l'eût point assimilé au complice par une déclaration formelle, si elle se fût purement et simplement référée aux conditions du code pénal; elle n'aurait eu qu'à laisser faire le code; mais l'assimilation expresse devenait nécessaire pour une complicité *sui generis*, qui avait ses règles propres. Aux yeux du juge, et à n'envisager que l'ordre légal, la loi de 1819 se sépare donc du droit commun, ce qui suffit pour justifier l'arrêt de la cour des pairs.

Mais cette séparation est-elle légitime? C'est surtout la question qui nous importe.

Gardons-nous de croire que le code pénal ait immuablement fixé la caractère de la complicité pour tous les cas possibles, de telle manière que le législateur ne soit plus le maître d'introduire un droit nouveau pour une combinaison nouvelle. Qui lui contesterait le droit d'incriminer un fait non encore qualifié, et de faire un délit de ce qui n'en était pas un? Pour que l'usage de ce droit soit légitime, je n'y mets qu'une condition : c'est que le fait nouvellement incriminé recèle en lui les éléments essentiels de toute culpabilité; car ces éléments sont éternels et immuables comme la raison. Les combinaisons inattendues que la liberté de la presse a jetées dans nos rapports sociaux sont assurément de celles qui peuvent le mieux justi-

fier des innovations dans nos lois; et, par exemple, quand il s'agit de complicité par provocation, comment tenir, avec le code pénal, à la nécessité d'un contact entre les personnes, dans un monde où ce sont les esprits qu'une publicité libre et vaste met en contact? La presse, avons-nous dit, est libre de droit naturel, parce qu'elle sert de véhicule à une pensée communicable; l'écrivain qui s'en sert communique donc avec tous ses lecteurs; sa célébrité même provient de ce qu'il s'en fait connaître sans les connaître lui-même. Son devoir sort ici de la même source que son droit; il n'est pas plus nécessaire qu'il les connaisse, pour répondre du mal qu'il fait sur eux et par eux, qu'il ne lui a été nécessaire de les connaître pour leur parler. Qu'il tire l'un d'eux de la foule pour le pratiquer à part, ou que sa mèche incendiaire lancée sur la foule entière tombe sur une tête inflammable et y mette le feu, qu'importe? Où est raisonnablement la différence, quant à la culpabilité? N'y a-t-il même pas plus de danger dans la provocation collective, que dans la provocation individuelle?

De deux choses l'une : ou le rapport personnel exigé par le code pénal s'entend de la présence même du provocateur et du provoqué, et alors c'est à bon droit que la loi spéciale en dispense; car ce rapport serait impossible, quand la provocation part de Paris pour aller produire ses effets à Perpignan; ou bien il s'entend d'un rapport intellectuel et moral, et l'on peut dire qu'il existe; car l'auteur se met en rapport avec son lecteur; il se personnifie dans son écrit, et assiste à chaque lecture qui en est faite. Ici se présente un exemple lamentable, mais décisif. C'était pendant la disette de 93; la nature ajoutait ses fléaux à ceux des révolutions humaines. *L'Ami du peuple*, journal de Marat, qui avait sur la multitude la puissance du tocsin, contenait dans son numéro du 23 février ces paroles : « Laissons là les lois; il est évident qu'elles ont été toujours sans effet. Au reste, cet état de choses ne peut durer plus longtemps; un peu de patience, et le peuple sentira enfin cette grande vérité, *qu'il doit se sauver lui-même*. Les scélérats qui cherchent, pour le remettre aux fers, à le punir de s'être défait d'une poignée de traîtres les 2, 3 et 4 septembre, qu'ils tremblent d'être mis eux-mêmes au nombre des membres pourris qu'il est utile de re-

trancher du corps politique. » Le lendemain, le peuple, dont la feuille de Marat était, dit M. de Lamartine, la tribune à quarante mille voix, obéit au signe de son apôtre; des bandes affamées forcèrent la porte des boulangers et enfoncèrent des magasins de comestibles. La Convention, en lançant contre l'instigateur du désastre un décret d'accusation que personne n'osa exécuter, car le démagogue a son inviolabilité au sein de l'anarchie, se crut-elle liée par la définition de la complicité ordinaire?

Un criminaliste (1), dont je n'aime pas à combattre l'opinion, soumet à une analyse sévère le délit de provocation par la voie de la presse, et fait le raisonnement suivant : « La seule différence qu'il y ait entre l'article 1er de la loi de 1819 et l'article 60 du code pénal est celle-ci : Dans l'article 60, la provocation a lieu *à l'aide de plusieurs moyens : la promesse, la menace, l'assistance*, etc.; dans l'article 1er, la provocation a lieu *à l'aide d'autres moyens, tels que l'écrit et l'imprimé*, etc. Les moyens sont donc distincts, cela est incontestable; mais faut-il aller au delà? Non. En effet, aux termes de l'article 1er, comme aux termes de l'article 60, il faut toujours, pour que la complicité existe, trois choses, à savoir : un agent provocateur, un agent provoqué, un moyen de provocation capable d'influencer et de décider l'action. Les moyens pourront changer; on pourra, dans des législations successives, ajouter des moyens nouveaux non prévus encore aux moyens prévus et existants; mais ce qui est et toujours avait été, c'est *la nécessité de la présence et du rapport de deux agents*, l'agent provocateur et l'agent provoqué. »

Je réponds : Autre chose le moyen de transmission de la pensée, autre chose le moyen d'influence qu'une des deux parties emploie sur la volonté de l'autre. La pensée se transmet, dans la provocation ordinaire, par la parole ou par des signes, ou, si l'on veut même, par un écrit non publié; dans la provocation spéciale, par un signe quelconque que l'on publie. Les moyens d'influence sont, dans la provocation ordinaire, ceux

(1) *Encyclopédie de droit*, vo *Complicité*, sect. III, § Ier, par M. Faustin Hélie.

Digitized by Google

qu'énumère le code pénal, les dons, promesses, menaces, etc.; les moyens d'influence, dans la provocation spéciale, ne sont pas indiqués par le droit spécial, et ne pouvaient pas l'être. S'il ne s'agit que des moyens de transmission de la pensée, je reconnais qu'il y a parité entre la parole dans un cas, et la presse dans l'autre; mais la parité qu'établit l'auteur entre le don, la promesse, la menace, selon le code pénal, et l'écrit ou l'imprimé, selon la loi de 1819, je la nie; l'imprimé, moyen de transmission dans le second cas, n'est pas l'analogue du don ou de la promesse, moyens d'influence dans le premier, et ne les remplace pas. La substitution de l'imprimé à la promesse ou à la menace n'est donc pas un simple changement dans des choses analogues, qui laisse subsister dans toutes les hypothèses la nécessité de la présence des deux agents, comme élément essentiel de la complicité. Il faut voir tout autre chose dans cette substitution : là, c'est un moyen d'influence qui suppose la présence des deux parties; ici, c'est un moyen de transmission de la pensée, dont la propriété est de franchir les distances, de rayonner au loin autour de lui, et qui, par cela même, suppose l'éloignement des deux agents.

L'auteur ajoute : « Parmi les conditions de la complicité, deux sont intelligentes et actives, l'agent provocateur et l'agent provoqué; une est inintelligente et passive, le moyen, l'instrument de la provocation. Eh quoi! on concevrait une responsabilité morale, une complicité là où le rapport manque entre les deux agents intelligents et actifs, et où le rapport existe entre l'instrument passif et l'un des agents actifs seulement! » Mais il suffit, ce semble, qu'il y ait intelligence et liberté chez les deux agents, pour que toutes les conditions du délit moral soient remplies; l'écrit qui leur sert d'intermédiaire n'est, à la vérité, qu'un instrument; mais ce n'est pas lui qu'il s'agit de punir. On dit qu'il rompt le rapport moral entre le provocateur et la personne provoquée; tout au contraire, il l'établit. C'est une chose inanimée transmettant une pensée coupable.

Ne concluez pas de tout ceci que vous êtes responsable, parce qu'un cerveau malade interprète mal votre écrit et en tire une conclusion qui n'y est pas; si je ne crois pas à la né-

cessité d'un rapprochement des parties dans un conventicule, ni d'une relation de personne à personne, je crois à celle d'une relation au fait, sans laquelle il n'y aurait même pas de provocation. Mais cette dernière relation ne présente qu'une question de circonstances, sur laquelle la loi garde le silence, car elle n'avait pas de règle à donner. Tout ce que j'entends dire, c'est que le législateur était en droit d'incriminer la publication, comme mode de complicité, sans s'arrêter à l'éloignement des parties; que l'arrêt de la cour des pairs est légalement rendu, et que la loi de 1819 est légitimement faite.

De la juridiction.

Ce que la loi recherche, quand elle remplace les tribunaux ordinaires par le jury, c'est le sens commun. Qu'on ne s'offense point de cette explication : le sens commun, cette faculté de juger raisonnablement des choses et des personnes, s'altère chez tous les hommes par les préjugés de leur état et de leur éducation, et notre esprit se blase ou se fausse, selon le genre d'exercice que nous lui donnons. Mais si le résultat que la loi attend du jury est le même indistinctement pour tous les délits qu'elle lui défère, crimes communs, délits politiques, délits de la presse, l'espèce d'inconvénient qu'elle cherche à éviter dans le juge varie suivant la nature du délit.

Le danger des tribunaux ordinaires pour le jugement des crimes communs est dans l'habitude même d'en connaître. On croit voir partout ce que l'on voit chaque jour, et les yeux auxquels la société ne découvre que ses plaies n'en aperçoivent pas les parties saines. Le juge, dont la vie se passe dans une sorte de familiarité avec la perversité humaine, y contracte une misanthropie qui le rend trop facile sur la preuve, et trop sévère pour la peine; l'espèce entière est en prévention devant lui, et la présomption d'innocence s'affaiblit jusqu'à s'éteindre. C'est donc avec une profonde connaissance du cœur humain que nos lois demandent au jury cette naïveté d'impression, qui laisse presque toutes ses chances à la vérité.

Avant de donner à la juridiction du jury sur les délits politi-

ques son explication, on serait tenté de chercher celle des délits politiques eux-mêmes, et de leur demander ce qu'ils sont, et même pourquoi ils sont. Cette classe, que l'on sépare de la grande masse des délits ordinaires par la dénomination et la compétence, que l'opinion ne flétrit pas, que souvent même elle préconise, que la loi, trop indulgente à l'opinion, traite avec une sorte de faveur, comme des infractions de bon goût, comme des crimes de qualité, cette aristocratie du monde pénal n'est, il faut bien le dire, qu'un relâchement de la morale sociale dans ces temps de révolutions (1). La raison ne met qu'une différence entre les délits politiques et les autres, et cette différence est à la charge des premiers; ils sont plus dangereux et plus graves; dans l'état normal de la société, l'opinion leur sera aussi inexorable que la loi, et ne leur épargnera pas le déshonneur. Mais en attendant que la société se soit rassise, le législateur prend la morale telle que les révolutions la lui ont faite, et il met les tribunaux, créatures du gouvernement, sous une présomption de partialité politique; il ne voit de garantie que dans le jury. Cette pensée est libérale; mais la partie de notre législation qu'elle a créée n'a sa raison que dans une situation transitoire, dont il faut souhaiter le terme.

La raison qui attribue au jury les délits de la presse n'est pas transitoire; elle est permanente comme la nature même des choses. Quand on applique la législation pénale aux écarts de l'intelligence, la difficulté est de discerner l'erreur du délit; si le délit était nécessairement dans l'erreur, la liberté de la presse ne serait plus que le droit de publier sa pensée à la condition d'être infaillible. Or, de tous les hommes, les moins propres à observer cette démarcation entre la proportion fausse et la proportion subversive, ce sont ceux qui se vouent par état à l'étude des lois et de la doctrine; toute proposition malsonnante est subversive à leurs yeux. Les principes et les conséquences s'en-

(1) La loi du 8 octobre 1830, qui indique les délits réputés politiques, et attribués à ce titre aux cours d'assises, est fort loin de pallier l'inconvénient du principe général par le mérite de ses classifications; elle y comprend jusqu'à des faits qui ne sont même pas des délits moraux, mais de simples contraventions, comme celui qui est prévu par l'art. 201 du code pénal.

chaînant dans leur pensée, déranger leur synthèse, c'est renverser l'édifice social, comme dans l'esprit d'un théologien l'hérésie conduit fatalement à l'athéisme; mais le monde n'a pas cette susceptibilité; le plus souvent il reste froid à l'erreur qui les échauffe et les alarme, et cependant son émotion est la véritable mesure de la loi pénale. Voilà comment il arrive que le meilleur juge de la doctrine est précisément le plus mauvais juge du délit, et que le sens commun peut différer du sens particulier du magistrat; c'est que celui-ci porte un esprit absolu dans la chose du monde la plus relative.

Voilà aussi l'explication des nombreux mécomptes que l'on éprouve dans les procès de cette nature; le magistrat à qui appartient la poursuite se détermine d'après ses idées, le jury d'après les siennes; pour l'un, c'est une question de logique, pour l'autre une simple impression, et chacun, la main sur la conscience, arrive à des résultats opposés. Jamais peut-être le principe inflexible du code de brumaire an IV, qui proclamait la nécessité de l'action publique, n'a été plus faux, et jamais le principe élastique du code d'instruction criminelle, qui rend son libre arbitre au ministère public, n'a été plus vrai qu'en matière de presse. Ici, ce n'est même plus assez que le magistrat reste maître de sa détermination; il a besoin de quelque chose de plus; c'est bien moins sa propre raison qu'il doit consulter, que celle des autres; son habileté est de se mettre par la pensée à leur place, et de pressentir la manière dont ils doivent s'affecter : genre de divination que peut seule donner l'expérience. Une vérité dont le magistrat doit ici se pénétrer, c'est que la règle de sa conduite n'est point en lui, et que la condition du succès n'est pas seulement dans la réalité du délit, mais dans l'opportunité de la poursuite, dans la température variable de l'opinion au milieu de laquelle il vit. On voit la même poursuite échouer la veille et réussir le lendemain, sans qu'il y ait autre chose de changé que la disposition des esprits.

Voilà encore pourquoi ce n'est pas un jury spécial qu'il faut à la presse. Le jury spécial apporterait à ce genre d'épreuve un esprit spécial comme lui, et non ce sens commun des masses qui a seul le discernement du vrai délit, puisqu'il n'y a de délit

de la presse que celui d'ont s'affecte l'opinion générale. Quand la Charte veut, article 69, l'application du jury aux délits de la presse, elle ne parle pas d'un autre jury que de celui dont parle l'article 56; du jury selon la loi commune. Le texte est d'accord avec la doctrine.

La juridiction du jury sur les délits de la presse est-elle absolue? Ne souffre-t-elle d'exception dans aucune des combinaisons que peut amener le mélange du droit spécial de la presse avec le droit commun, ni dans aucun des modes que celui-ci reconnaît à l'action judiciaire? En d'autres termes, n'est-elle compatible avec l'action civile qu'autant que celle-ci se porte devant le jury conjointement avec l'action publique, et l'exclut-elle partout où ne se trouve pas le jury? La Charte de 1814 se taisait sur l'application du jury aux délits de la presse: c'est la loi du 26 mai 1819 qui, la première, en a établi le principe; celle du 25 mars 1822 l'a abrogé; l'article 69 de la Charte de 1830 a ordonné qu'une loi le réorganisât de nouveau, et ce vœu a été rempli par la loi du 8 octobre 1830. Que résulte-t-il de ce que le principe s'est élevé, de l'ordre légal où il a d'abord été conçu, à l'ordre constitutionnel qui l'a adopté? En est-il devenu plus dominant et plus exclusif? Est-ce une raison nouvelle pour que l'action civile ne se sépare plus de l'action publique, et ne se détourne pas de la destination de celle-ci?

Prenons d'abord cette seconde partie de la question, puisqu'elle pourrait rendre inutile l'examen de la première. La loi du 8 octobre 1830 y a répondu; elle a envisagé le principe depuis qu'il est devenu constitutionnel, et elle a renvoyé, pour son organisation à la loi mère, à la loi du 26 mai 1819; en quoi elle a décidé que celle-ci est compatible avec notre Charte. Tout ce qui résulte donc du surcroît d'autorité qu'a procuré au principe le changement survenu dans sa nature, c'est qu'aucune loi ne pourra désormais l'abolir, comme l'a fait celle de 1822; mais, du reste, à cela près que son existence est consolidée, le régime de 1819 lui est applicable. Or la loi de 1819 fait mention de l'action civile; elle permet de l'intenter séparément, puisqu'elle l'assujettit à une prescription plus longue que l'action publique, et qu'elle la suppose survivant seule à l'action collatérale.

Digitized by Google

La cour de cassation a donc eu raison de ne pas la supprimer par voie d'induction (1).

Mais ce qui n'est pas possible à l'autorité judiciaire, par voie d'induction, ne le serait-il pas par voie législative? Dans ce nouveau point de vue, voici peut-être quelques considérations à peser :

Que demande-t-on? La suppression d'une action donnée par le droit commun, c'est-à-dire une énormité dans l'ordre légal. Le droit de poursuivre en justice ce qui m'est dû est de droit naturel; la loi qui y fait obstacle ne retire pas ce qu'elle m'a donné, elle m'enlève ce que je ne tiens pas d'elle. Elle me rend le droit de me faire justice à moi-même, car la faculté de recourir aux voies de droit est la seule bonne raison qu'elle ait de m'interdire les voies de fait.

L'énormité s'aggrave par la réflexion. La loi m'ôterait dans l'action civile le droit dont je dispose, pour le remplacer par l'action publique dont je ne dispose pas; car, même pour demander à la cour d'assises une réparation pécuniaire, le ministère public est mon introducteur indispensable; c'est-à-dire qu'on m'enlève la seule action directe qui me reste, et, comme le ministère public n'est point obligé de poursuivre sur ma plainte, il peut me refuser l'action indirecte, et l'accès des tribunaux m'est fermé de toutes parts. C'est ma forclusion que l'on demande; c'est ma mise hors la justice.

Et voyez le contre-sens! Si je me plains de diffamation, ma plainte donne seule l'impulsion au procureur du roi; la loi me constitue le premier juge de la convenance de la poursuite; elle subordonne en ceci l'intérêt public à l'intérêt privé. Cependant ôtez-moi l'action civile, le système de la loi est renversé; mon intérêt privé, objet de la prédilection légale, est, non pas subordonné à l'intérêt public, mais sacrifié; car il n'obtient pas, dans un cas privilégié, ce qu'on se garderait de lui refuser dans un cas non privilégié.

On croit se conformer à la pensée constitutionnelle; on s'en écarte. Lorsqu'on réforma la Charte en 1830, la nation avait

(1) Arrêt du 5 mai 1847.

gardé de la lutte entre la liberté de la presse et la restauration l'idée d'une inimitié implacable du gouvernement contre la presse, et un sentiment de détestation contre le délit de diffamation. C'est sous cette double impression que se fit la réforme : le jury fut donné à la presse pour la protéger : contre qui? Contre le pouvoir qui venait, par les trop fameuses ordonnances, de proclamer son incompatibilité avec elle; mais tourner l'institution du jury contre les plaintes en diffamation! rien n'était plus éloigné de l'esprit de la réforme, et les amis de la presse, qui tenaient à la purger d'un reproche odieux, auraient fortifié les moyens d'action, loin de les atténuer.

TITRE CINQUIÈME.

DE L'INVIOLABILITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

« La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » (Code civil, art. 544.)

« Toutes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles. »
(Charte, art. 8.)

« L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable. »
(Charte, art. 9.)

La Charte ne fait pas ici un double emploi avec le code civil; ce n'est pas dans la même pensée que l'art. 544 de l'un définit la propriété *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements,* et que l'article 8 de l'autre déclare *toutes les propriétés inviolables.* Notre premier soin sera donc de faire la part de chacun d'eux.

Quand la Charte déclare inviolable le droit que définit le code, que signifie cette déclaration? contre qui est-elle faite? quel péril conjure-t-elle? Ne s'agit-il que de protéger les propriétés d'un citoyen contre les entreprises d'un autre? Le code civil, le code pénal et les tribunaux sont là : ils suffisent à cette tâche; que vient donc y ajouter la Charte? C'est ici le cas d'user du grand précepte de Montesquieu, et de

distinguer les différents ordres de lois, distinction si importante qu'il ne croit pas en parler en termes trop magnifiques en faisant consister *la sublimité de la raison humaine* (1) à la connaître.

La propriété embrasse tous les rapports de l'homme en société : rapport de citoyen à citoyen, c'est le droit privé ; rapport des citoyens avec l'État, c'est le droit public; rapport de l'État lui-même avec une loi antérieure et non écrite, c'est le droit naturel. Duquel de ces rapports la Charte s'occupe-t-elle?

Le droit privé, qui règle les rapports de citoyen à citoyen, est l'objet du code civil. Le code civil se mêle à la foule des propriétaires; il prend chacun chez soi, dans sa maison, dans son champ, dans son usine; il lui parle de la plénitude de son droit, il lui dit qu'il peut l'exercer de la manière la plus absolue et le lui montre s'étendant jusqu'à son extrême limite; et cependant, après avoir élargi l'espace autour de lui, il lui fait entrevoir au loin cette limite, et réserve à la loi de la poser.

Le droit public, qui pose la limite, est l'objet de lois et de règlements spéciaux. Il agit légitimement lorsqu'il déclare cette utilité, devant laquelle le droit de disposer et de jouir de ses biens cesse d'être absolu. La propriété est active dans le droit privé; elle est passive dans le droit public. C'est à ce dernier que se rapportent les lois et les règlements sur l'expropriation, sur les établissements insalubres ou incommodes, sur les desséchements, les forêts et les mines.

Comme le droit public limite le droit privé, le droit naturel limite le droit public; ni la propriété n'est toute-puissante contre l'intérêt social, ni le droit public contre la propriété, et de même que l'omnipotence du propriétaire est subordonnée à la souveraineté nationale, de même la souveraineté nationale l'est à une loi non écrite. C'est à ce troisième degré de l'échelle que l'article 8 de la Charte a pris sa place; c'est la loi non écrite qu'il a voulu écrire; c'est de cette élévation qu'il prononce le mot d'inviolabilité, et il le prononce pour se faire entendre de tous les pouvoirs sociaux qui sont au-dessous de lui, mais sur-

(1) *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. Ier.

Digitized by Google

tout du pouvoir législatif. La justice ordinaire n'avait pas besoin de cette proclamation solennelle et toute spiritualiste; les plaideurs et les juges, pour se retrouver au milieu des complications du tien et du mien, lisaient les règles qui les régissent dans une loi positive, dont la sanction est toujours prête. Mais Naboth défendant sa vigne contre Achab (1), le meunier de Sans-Souci résistant à Frédéric, le bourgeois de Caen poussant la clameur de haro quand on creuse dans sa terre la tombe de Guillaume le Conquérant, n'avaient pour eux que leur conscience. Les entreprises des simples citoyens sont des voies de fait, dont la répression fortifie le principe; celles du législateur sont des voies de droit qui le compromettent, et qui, en usurpant son autorité, portent l'esprit à douter de la vérité même. C'est donc à lui que s'adresse la Charte, c'est sa conscience qu'elle veut charger d'un scrupule, quand elle fait entendre que tout ce qui est légal n'est pas légitime; c'est dans la région où l'on ne relève d'aucun juge que les devoirs qui n'ont pas de sanction immédiate ici-bas sont utiles à rappeler; c'est là que le mot d'inviolabilité a toute sa signification.

Lors donc que l'on cherche la place de la propriété dans les grandes classifications du droit, et que l'on demande si elle est de droit naturel ou civil, on fait une question complexe à laquelle il est impossible de répondre d'un mot : elle appartient au droit naturel par son origine, au droit public par ses limites, au droit civil par la manière dont elle s'acquiert, se conserve et se perd; elle est universelle, et, en quelque sorte, ubiquiste dans l'ordre social; mais elle n'est inviolable que par le droit naturel; par là seulement elle est sacrée pour le législateur lui-même.

Cette notion de l'inviolabilité est plus récente qu'on ne pense. L'assemblée constituante disait encore, dans le préambule de la loi du 22 septembre 1790, que la propriété du domaine de l'État était la plus parfaite qu'on pût concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre. Un an plus tard, Mirabeau, discutant la loi du

(1) *Livre des Rois*, chap. XXII.

12 juillet 1791 sur les mines, déclarait que la propriété du sol était un don de la société. Dans les idées de l'époque, la propriété domaniale était donc supérieure à la propriété privée, par la raison que celle-ci était plus facilement modifiable que l'autre; ce qui ne pourrait pas se dire aujourd'hui que la propriété privée n'a au-dessus d'elle, comme la propriété domaniale, que l'intérêt public déclaré par la loi; la loi peut sur l'une ce qu'elle peut sur l'autre; celle-ci a la même limite que celle-là, et, tout bien considéré, la plus grande perfection est du côté de la propriété privée, à qui le droit de disposer et de jouir reste dans toute sa plénitude. Cette épuration de la doctrine date du code civil.

Le sens de la Charte ainsi déterminé, deux questions se présentent : 1° la propriété inviolable ne tenant ce caractère que du droit naturel, puisque autrement elle resterait sujette à la loi positive, il importe de savoir quelle est la propriété selon le droit naturel, c'est-à-dire la propriété indépendante de la loi positive, c'est-à-dire la vraie propriété; 2° la vraie propriété une fois trouvée, nous aurons à rechercher le signe auquel on reconnaîtra la légitimité des restrictions qu'y met la loi positive, ou, si l'on veut, les conditions auxquelles la loi positive pourra la restreindre, sans la violer. Le commentaire complet des deux articles de la Charte est dans la réponse à ces deux questions.

§ Ier. — De la propriété vraie.

Dans les idées vulgaires, qui ne sont pas toujours les moins justes, on a peine à concevoir qu'une notion aussi simple soit l'objet d'une question. Il n'y a de propriété que la propriété; et, parmi les notions évidentes, celle-ci l'est à un tel point, que l'utilité de l'étudier ne se comprend pas d'abord. Les seules difficultés bien sensibles qu'elle fasse naître se portent devant les tribunaux; mais ces difficultés, n'ayant pour objet que l'attribution des choses auxquelles elle s'applique, présupposent par cela même son principe; les plaideurs ne se la disputent, les tribunaux ne l'adjugent ou ne la refusent que parce qu'ils y croient. La guerre éternelle dont la vie civile est le théâtre est

une proclamation journalière du droit de propriété; l'homme a si peu besoin qu'on lui persuade ce sentiment, qu'il l'exalte trop souvent jusqu'à la passion.

Ceux qui s'étonnent de cette question s'étonneront bien davantage de celle-ci : Y a-t-il une propriété? Quand on commence par la définir, on va trop vite; on s'expose à disserter sur la dent d'or. Les idées reçues n'ont plus d'autorité, dès qu'il s'agit de les reviser; si, à une époque de réforme où chaque institution doit justifier de sa raison d'être, les préjugés en possession se défendent par leur possession même, la réforme restera pour toujours aheurtée à une pétition de principe. Cette langue des jurisconsultes et des économistes, les sciences qu'ils ont arrangées, les lois qu'ils ont écrites, toutes ces formes diverses de l'arbitraire, sont précisément l'objet du jugement à porter, et les seuls arguments admissibles doivent se prendre dans la nature des choses. Or quel plus grand démenti à la nature des choses que vos idées de propriété? A bien dire, nous n'avons en propre que ce qui entre dans notre constitution physique et morale, nos organes et nos facultés; c'est par là seulement qu'ils nous appartiennent. On conçoit que la liberté de penser, la liberté de conscience, la sûreté des personnes soient des propriétés de la nature la plus intime, car elles résident en nous. Mais en peut-on dire autant des objets extérieurs? Leur appropriation suppose la suppression de l'intervalle qui nous en sépare, soit que l'identification s'opère d'eux à nous, ou de nous à eux. On l'a si bien senti que, pour rendre raison du miracle de l'appropriation, on a eu recours à deux explications inconciliables : tantôt nous nous les assimilons par le travail; tantôt (et c'est la doctrine de M. Troplong (1)) nous déposons au contraire en eux une partie de nous-mêmes, véritable argumentation de panthéiste, figure de style que l'on prend à la lettre pour en faire un principe, abus de mots qui ne sont devenus sérieux que par l'abus de la force; tout au plus pourrait-on dire que les choses fongibles nous deviennent propres par la consommation qui les convertit à notre substance; encore n'arrive-

(1) Préface du *Traité de la prescription.*

rait-on par là qu'à l'appropriation des fruits, et, pour y arriver, il n'y a de nécessaire que la possession, cette possession active, personnelle, immédiate, qui laboure et qui récolte, dont les sens rendent témoignage, et à qui il est juste de reconnaître la puissance de produire quelque chose. Mais même dans cette hypothèse, tous les principes des jurisconsultes sont faux : inutile de distinguer entre la possession précaire et la possession à titre de maître, puisqu'il n'y a plus de maître : ni entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, puisque l'un fait les fruits siens aussi justement que l'autre. La conséquence rigoureuse est que la terre ainsi possédée n'est appropriable que momentanément, jusques et y compris sa récolte; la récolte faite, le rapport cesse entre le travailleur et le fonds producteur, et il ne pourrait se rétablir que par un labeur nouveau. Tant dure l'action immédiate de l'homme sur la chose, tant dure l'appropriation. Point de liaison entre la campagne qui finit et celle qui va suivre; le droit meurt dans l'intervalle, et ne peut se retremper qu'à sa source; il faut qu'Antée touche de nouveau la terre, et la possession la plus longue n'opère jamais de prescription. Autrement on court après un fantôme insaisissable; la sujétion permanente de la chose à l'homme, sujétion subsistant par elle-même et indépendamment de toute action, est une abstraction sans réalité et sans justice; la supériorité de l'homme sur la nature, et particulièrement sur la terre, autrement dite le domaine, est une chimère de notre orgueil. Le fonds, une fois dépouillé de ses fruits, retombe dans la communauté négative et attend le premier occupant. Avant donc de chercher le caractère de la propriété, et de discerner la vraie de la fausse, prouvez qu'il y en a une vraie; jusque-là, la propriété, c'est le vol.

Voilà où nous en sommes. Grâce à cette manière d'entendre la réforme, l'époque constitutionnelle, qui apporte à la propriété ses garanties les plus solides, lui apporterait réellement ses plus grands dangers. Il y aurait bien à protester contre cette méthode altière, dont le premier principe est de n'avoir foi qu'en soi-même. Le libre examen est assurément le droit le moins contestable de l'esprit humain; mais il est douteux qu'il

consiste à recommencer éternellement sa trame, sans tenir compte de la tâche déjà faite, et à ne regarder aucune de ses acquisitions comme définitive, sous peine de renoncer à lui-même. Rien ne serait plus menaçant pour notre perfectibilité que le triste privilége de tout remettre en question, sous prétexte de se démontrer tout, et de reculer toujours du pas que l'on viendrait de faire. Que, dans la spéculation pure, Descartes vide sa puissante intelligence pour la repeupler à son gré par une création nouvelle, c'est une jouissance que peut se donner le génie, sans autre risque que de se tromper; mais le vide ne se fait pas impunément dans le monde politique. Les écoles contemporaines ont le tort commun de dénaturer la science sociale et de la faire rationnelle, d'expérimentale qu'elle est par essence: le reproche qui les attend dans l'histoire, c'est d'avoir récusé le sens commun, pour mieux s'en dispenser; c'est d'avoir oublié que le monde moral a, comme la géométrie, de ces vérités qui ont fait leurs preuves, et qui, en bonne philosophie, deviennent elles-mêmes un criterium. La science qui ne respecte pas cette limite n'est pas plus réelle qu'une jurisprudence qui méconnaîtrait l'autorité de la chose jugée.

Parmi ces axiomes du monde moral, celui qui semble avoir le mieux mérité qu'on lui fasse grâce, c'est le droit de propriété. Depuis tantôt six mille ans que la terre a été donnée aux enfants des hommes, n'est-il pas temps de le laisser porter en paix l'édifice social auquel il sert de base? L'idée s'en est si profondément mêlée à celle de l'ordre, qu'il n'est pas donné d'en concevoir la séparation. Les Romains n'ont pu définir la justice que par le respect de la propriété (1); et, chose remarquable, les sceptiques qui, en la niant, la qualifient de vol, n'ont pu trouver ce blasphème qu'au prix d'une contradiction dans les termes ; il leur est arrivé, comme à ces pyrrhoniens qui n'énonçaient le doute universel que par une proposition affirmative, de n'exprimer leur négation que par un aveu : le vol suppose la propriété; à qui les voleurs voleraient-ils? L'idée de propriété

(1) « Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi. »

est tellement éclatante et inévitable, qu'elle inonde, comme le soleil, ses blasphémateurs de sa lumière.

Aussi ne faut-il plus s'étonner qu'une loi pénale de nos jours ait défendu à l'esprit d'examen d'y toucher. La loi du 9 septembre 1835, qui fait un délit de toute atteinte à la propriété, c'est-à-dire à son principe, n'a point et ne pouvait avoir d'analogue dans aucune législation connue; car elle pourvoit à un besoin tout nouveau; si le droit de propriété est du commencement du monde, ses périls sont d'hier. Ceux qui s'indignent de ce retranchement aux droits de la philosophie ne réfléchissent pas qu'il est devenu nécessaire depuis la plus récente et la plus décisive de ses conquêtes : son alliance avec la législation. Aujourd'hui qu'elle est sortie de la spéculation pour faire invasion dans les esprits et dans la loi, elle ne s'égare plus impunément; en cessant d'être spéculative, elle est devenue responsable, et ce n'est point à elle de se plaindre des précautions qui témoignent de sa puissance. Quand le législateur reconnaît qu'un principe est fondamental, il n'a pas de droit plus légitime ni de devoir plus sacré que de le retirer de la dispute et de lui donner l'abri d'une sanction pénale.

Nous n'entendons cependant pas retrancher le droit de propriété derrière une fin de non-recevoir; nous le défendrions mal, quand nous ne voulons même pas le défendre, et nous manquerions notre but, qui est de l'expliquer. Nous l'entendons si peu ainsi que nous allons prendre les attaques récentes dont il a été l'objet, non pas, à Dieu ne plaise! pour réfuter un paradoxe insensé, mais comme une forme convenable à notre explication; en voyant pourquoi on le nie, nous apprendrons en quoi il consiste, et il n'est pas indifférent d'éprouver sa doctrine sur la contradiction la plus vive qu'elle ait encore essuyée; nous pousserons même le désintéressement dans cette épreuve au point d'accepter les conditions tyranniques que l'on y met; par exemple, de puiser nos arguments dans ce que l'on appelle la nature des choses, sans en emprunter un seul aux nécessités évidentes de l'état social, absolument comme si l'état social n'était pas dans la nature des choses. En d'autres termes, le consentement universel, les traditions, les usages, les codes, les

besoins de la vie commune, nous les rejetons tous comme sentant trop l'influence humaine et comme suspects de partialité.

Cela une fois convenu, qu'exige-t-on du droit de propriété pour y croire? La chose du monde la moins raisonnable. On refuse d'y voir un être moral; on en demande des preuves matérielles. Nous avons renoncé aux arguments de la loi, nous l'avons neutralisée; nous ne parlons donc ici ni des idées si pures du code civil sur le droit non écrit, auquel il ordonne de recourir dans le silence de la loi écrite, ni de la puissance qu'il donne au seul consentement de former les conventions. Nous ne rappellerons pas les nombreux symboles dont on accompagnait autrefois les mutations de propriété, ces cérémonies de la prise de possession qui, aux époques grossières pour lesquelles les transmissions de plein droit eussent été d'un spiritualisme trop fort, témoignaient cependant d'une croyance à un droit occulte; ces armes fabriquées de main d'homme, nous avons promis de les déposer. Le sacrifice est assez grand pour être signalé. Mais, sans sortir de la question philosophique, quelle raison y a-t-il d'être plus difficile avec le droit de propriété qu'avec le droit en général? Quand il s'agit du droit en général considéré comme notion de la conscience, s'informe-t-on de sa substance, de sa forme, de sa couleur? Quelqu'un l'a-t-il vu, palpé, senti? On tiendrait à injure d'être soupçonné de n'y croire qu'à ces conditions; et dès qu'il s'agit du droit de propriété, on s'arme d'une rigueur soudaine; on met à la démonstration des conditions inouïes; on veut, entre le propriétaire et la chose, un lien, une émanation, un fluide, que sais-je? quelque intermédiaire particulier qui tombe sous les sens. Il n'est cependant que l'application la plus importante du droit en général; il le résume en lui, et participe de sa nature abstraite et métaphysique.

Le domaine des choses, ainsi restitué à sa véritable nature, se prouve d'ailleurs d'une manière bien simple, à l'aide de deux faits dont aucun n'est contestable. Le premier de ces faits, c'est le besoin qu'a l'homme des choses extérieures pour se procurer un vêtement, un abri, de la nourriture ; Dieu ne lui a pas donné ce besoin sans lui reconnaître le droit d'y pourvoir, et n'en a pas fait le plus grand consommateur de la création pour lui ordon-

Digitized by Google

ner de s'en abstenir. Cette raison seule ne suffirait cependant pas; elle serait commune aux animaux, qui ont aussi, quoique à un moindre degré, besoin des choses extérieures. Mais la démonstration se complète par le second fait, par notre nature morale, intelligente et libre, hors de laquelle ne se conçoit l'idée du droit ni du devoir. Celui-là seul peut être propriétaire qui ne peut jamais devenir une propriété; la possession à titre de maître n'est possible que chez celui qui n'est jamais possédé à ce titre, et la preuve qu'il est seul une personne, c'est l'impossibilité même d'en faire une chose. Si la supériorité morale est évidente du côté de l'homme, son empire sur les objets extérieurs est justifié, et le domaine n'est point une chimère de son orgueil; c'est une réalité dont il est utile de le convaincre, et plût au ciel qu'il n'eût d'autre orgueil que de se croire la plus noble des créatures!

Quand on ne lui reconnaît de propriété réelle que dans les parties constitutives de son être, dans ses facultés et ses organes, lorsqu'on en conclut que la seule manière de s'approprier les choses est de se les assimiler, s'entend-on bien soi-même? La jouissance et la disposition, double but de la propriété, ne se conçoivent que des choses extérieures. Toute espèce de droit suppose deux termes corrélatifs et distincts, l'un actif, l'autre passif; ici un sujet, là un objet, entre lesquels se forme le rapport que l'on appelle *droit;* si les deux termes se confondent, le bon sens dit que le rapport se supprime. Voilà du pain, j'en suis propriétaire; si je le mange, il se tourne en sang et en chyle; il s'identifie à mon être; il n'y a plus de propriété. Car je ne puis être à la fois sujet et objet; un rapport de l'unité avec elle-même ne se comprendrait pas; moi propriétaire de moi serait un amphigouri inintelligible. Les adversaires de la propriété jouent de malheur; ils y mettent, pour y croire, une condition qui la tue. Ainsi le droit n'existe pas sans l'assimilation; or il s'évanouit par l'assimilation : voilà le résumé le plus clair de leur doctrine, et ils ne reculent pas devant ce résultat.

Ils sont prêts à l'accepter comme la négation même de la propriété; mais ils se trompent, s'ils croient que leurs coups ne portent pas plus loin. Dans le point de vue étroit où ils se

tiennent, ils n'aperçoivent que le côté vulgaire et grossier de la question, la possession des biens de ce monde et les jouissances qu'ils procurent. Leur négation fait autour de nous une ruine plus vaste qu'ils ne pensent; plus de droit de propriété, plus de droits d'aucune espèce, ni de droits corporels, ni de droits incorporels, ni d'actions, ni de créances, ni de *jus in re*, ni de *jus ad rem*. L'idée de propriété ne s'applique pas seulement aux biens matériels; elle embrasse l'homme tout entier; son nom lui est propre; son état civil et politique lui est propre; son honneur lui est propre, et ils anéantissent tout à la fois. Si l'homme n'a rien en propre, sa personne est détruite, cette personne qui constitue le moi humain, à laquelle se rapportent les idées de droit, de devoir, de mérite, de démérite, de peines, de récompense; cette personne qui oblige et qui s'oblige, qui est créancière et débitrice, responsable et justiciable; cette personne qui survit à l'individu et passe à ses héritiers. Si l'homme n'est plus une personne, il redevient un individu dans son espèce, une chose dans la création; on peut le posséder lui-même, l'esclavage est légitime, ou plutôt l'esclavage est impossible; car, dans cette négation universelle, on ne trouverait pas même de maître pour l'esclave.

On ne se résigne pas facilement à être absurde; on prend plus aisément son parti d'être inconséquent. La doctrine antipropriétaire ne sait pas assez qu'elle est condamnée à être absolue; si elle cesse de l'être, elle n'est rien; dès qu'elle transige, elle s'immole; ce qui ne l'empêche pas de se replier sur une proposition subsidiaire; tout à l'heure elle niait la propriété, voici qu'elle la reconnaît dans les fruits de la terre; les fruits sont appropriables, elle le concède; et ils sont appropriables, non plus par l'effet de l'assimilation, mais à raison du travail qui les procure; ce qui change complétement la thèse, puisqu'il est permis aux choses extérieures de nous devenir propres. Mais si, à ses yeux, les fruits sont désormais appropriables, que lui coûte-t-il de reconnaître que le fonds qui les produit l'est également? Ainsi fait-elle; le fonds est appropriable, mais d'une certaine manière; il l'est par la vertu du travail et dans la limite précise de sa durée. Cette hypothèse, on le

sent, est incomplète : elle laisse en dehors ce qui ne peut servir de matière au travail, ou ce qui s'obtient sans lui, comme les fruits naturels et les choses improductives; elle ne sait qu'en faire, et ils comptent cependant dans les biens. Toutefois, recueillons ce qu'elle a de bon. Elle reconnaît une vertu au travail; or cette vertu, c'est le droit, le droit abstrait, l'être moral que nous cherchions tout à l'heure, et que l'on se contente cette fois de concevoir par l'intelligence. Le voilà sorti de sa prison; au moment où le soleil d'août mûrit la moisson, le labourage a cessé depuis plusieurs mois, et puisque le droit survit au fait qui n'est plus, en attendant celui qui n'est pas encore, il a donc son existence propre dans l'intervalle; le fait de l'homme n'est donc plus le lit de Procuste, qui lui sert de mesure. C'est quelque chose, ce n'est pas assez. Après avoir laissé le droit s'échapper de son enveloppe, on n'en prétend pas moins que la propriété, droit permanent et perpétuel, ne peut sortir du travail, fait passager et intermittent; et que tout ce qui résulte de cette concession, c'est que l'ensemencement d'une pièce de terre donne droit à la récolte qui le suit. Mais on s'arrête trop tôt; c'en est fait; ce premier pas en entraîne un autre, et la propriété permanente est désormais inévitable.

Le travail donne droit aux fruits; c'est le principe que l'on accorde. Mais pourquoi ce droit s'arrêterait-il à la première récolte? Si le principe signifie quelque chose, la récolte se rapporte au travail comme l'effet à la cause, et non parce qu'elle est la première en date; en d'autres termes, tout résultat direct du travail, quoique plus ou moins tardif ou médiat, appartiendra au travailleur. Le travail, cause génératrice du droit, n'est pas seulement dans l'action de confier à la terre la semence qui va fructifier dans quelques mois; il est aussi, il est d'abord dans la trempe donnée au sol, trempe si peu épuisée par la première récolte, qu'elle se conserve, malgré un affaiblissement graduel, pour une seconde, pour une troisième, à la seule condition que la culture sera variée. C'est la raison de l'assolement des terres, et il est vrai à la rigueur que l'occupant qui, après la première récolte, voudrait, la seconde année, semer

du seigle où l'on aurait récolté du froment, usurperait le produit direct du travail de son prédécesseur. Nous voilà déjà un peu loin de la première préparation du sol; et le droit dure encore, trois années au moins après la main-d'œuvre, en vertu d'une loi de la nature. Éloignons-nous-en davantage, toujours sans recourir aux lois humaines; au lieu du labourage, supposons une plantation ou un semis; c'est un bienfait public tout aussi méritoire, et qui a de nos jours une utilité peut-être plus grande. Je sème un gland : un chêne en sort; c'est un fruit de la terre, et il est convenu que j'y ai droit. Quand se fera la récolte? Avant que le chêne ait fourni ses trois périodes d'accroissement, de maturité et de décadence, avant même qu'il soit d'une bonne exploitation de l'abattre, c'est-à-dire avant que mon droit au fruit se réalise, trois siècles peuvent s'écouler, pendant lesquels on reconnaît la possession légitime du sol qui nourrit l'arbre. La simple perception du fruit demande un espace de temps qui excède la longévité humaine, à ce point que mon seul intérêt, en plantant, est de pouvoir me dire, comme l'octogénaire de la fable :

Mes arrière-neveux me devront cet ombrage.

Pour peu que moi et mes successeurs nous plantions plusieurs chênes, si surtout nous allons jusqu'à une forêt, les siècles se succèdent, la possession s'éternise, et nous touchons, par la seule force des choses, à cette perpétuité du droit, dans laquelle le système contraire finit par se perdre.

Il y a des hypothèses encore plus décisives : au lieu d'une terre en culture, qui ne demande que le secours de la bêche ou de la charrue, c'est une lande que je défriche, un marais que je dessèche, un polder conquis sur les eaux. Ce défrichement, ce desséchement, cet endiguage n'ont pu se faire qu'à grands frais et par de longs efforts. Pensez-vous qu'une récolte unique ait pu être mon seul but, et me payât de mes sacrifices? Les récoltes ultérieures, d'où proviennent-elles, sinon de la fécondité que la terre tient de moi? Réformateurs des sociétés modernes, qu'en dit votre justice?

Digitized by Google

La simple possession, la possession mesurée par le travail, bornée au fait actuel de la main-d'œuvre et sans liaison avec la main-d'œuvre qui va suivre, en d'autres termes, la possession sans la propriété, n'explique donc rien, ni ne répond aux besoins d'aucune espèce; inefficace comme industrie, insuffisante comme rémunération, elle ne remplit les conditions ni d'une bonne culture, ni d'une justice exacte; elle refuse au sol l'exploitation qu'il demande, et à la peine le salaire qu'elle a gagné; elle est ingrate et décourageante. Elle présente à l'esprit une idée violemment tronquée; pour qui admet la propriété, la possession la manifeste; elle y entraîne celui qui la rejette ou cherche à se la démontrer; mais, signe ou preuve, elle ne peut rien seule et par elle-même.

Ainsi les raisons naturelles, réduites à elles-mêmes, conduisent à la propriété permanente. Si l'on y ajoute les raisons sociales dont nous nous sommes interdit l'usage, la question disparaît; jugée par l'esprit d'ordre et de discipline, la doctrine antipropriétaire est sous une accusation terrible : sur cette vieille terre dont la population s'est triplée dans les derniers siècles, déclarer sans maître tout champ dépouillé de sa récolte, inviter des milliers d'occupants à s'y précipiter, aussitôt qu'on y aura donné le dernier coup de faucille, sans autre règle que la force ou la vitesse, c'est créer dans la vie sociale un intervalle périodique pour l'anarchie; c'est plus qu'une doctrine fausse, c'est une doctrine criminelle et qui appartient à la loi pénale. Si nous l'avons examinée dans ses prétentions philosophiques, c'est qu'en écartant tout ce qui porte une empreinte humaine, et ce qu'on peut, à tort ou à raison, soupçonner de n'être qu'une nécessité factice, nous nous rapprochions davantage du droit naturel, et nous montrions plus sûrement la véritable cause de l'inviolabilité.

Nous touchons à deux conclusions importantes : 1° la propriété est permanente, et parce qu'elle constitue un droit, qui vit de son énergie propre, qui est indépendant du fait de l'exploitation, et qui n'est par conséquent pas assujetti à la même durée, et parce qu'une propriété intermittente, d'ailleurs incompatible avec l'ordre, neutraliserait jusqu'à la possession

elle-même; 2° la propriété est individuelle, c'est-à-dire exclusive.

C'est un bonheur, en jurisprudence, quand l'explication philosophique s'accorde avec la définition légale. L'une vient de mettre à la propriété la double condition d'être permanente et individuelle; l'autre y attache le double attribut de disposer et de jouir des choses de la manière la plus absolue. Chacune des conditions de la première répond à chacun des attributs de la seconde; la propriété à laquelle il manque d'être permanente et individuelle ne comporte rien d'absolu dans la disposition et dans la jouissance des choses, et est par conséquent repoussée par la définition du code civil. Elle affecte, il est vrai, certaines ressemblances avec la propriété définie; elle produit quelques-uns de ses effets; elle porte son nom dans la langue vulgaire; mais elle en diffère essentiellement. Ce n'est pas cette propriété que nous cherchons, propriété de droit naturel, inviolable, supérieure à la loi positive dont parle la Charte.

Éclaircissons ces principes par leur application aux deux rapports qu'ils présentent, au sujet qui possède, à la chose possédée; au sujet d'abord, car si une condition essentielle fait défaut en lui, c'est en vain que les autres se rencontrent dans la chose.

C'est la personne, avons-nous dit, qui est propriétaire. Mais il y a des personnes de plusieurs sortes; il y a des individus, créatures de Dieu; il y a des communautés, des corporations, des ordres, créatures de la loi. Celles-ci ne peuvent prétendre à la propriété inviolable; elles ne sont pas antérieures à la loi de laquelle elles émanent, et elles restent dans sa dépendance; celles-là seules y peuvent prétendre, car seules elles apportent dans l'état social une existence qu'elles ne tiennent pas de lui. Voilà pourquoi la doctrine met pour condition à la propriété vraie, qu'elle soit individuelle, par opposition à la propriété collective, qui accuse un maître de création humaine.

Écarter ainsi la propriété collective de la garantie constitutionnelle, ce n'est pas se prémunir contre une chimère, mais

Digitized by Google

contre une réalité historique et scientifique qui a jadis obtenu l'empire par la loi, et qui voudrait le ressaisir aujourd'hui par la doctrine. Les sages de l'antiquité, et notamment Lycurgue et Platon, voyaient dans la propriété collective la plus haute perfection politique : elle se combinait chez eux avec l'égalité absolue, et ces deux nations se rattachaient elles-mêmes à l'idée mère de la civilisation grecque et romaine, qui ne reconnaissait qu'une seule personne, dans laquelle s'absorbaient les individus, la cité. Cet esprit fut celui des premiers chrétiens; ils n'avaient, dit le *Nouveau Testament* (1), qu'un cœur et qu'une âme; aucun d'eux ne regardait comme sien ce qu'il possédait; ils vendaient leurs héritages pour en déposer le prix aux pieds des apôtres, et en recevoir une part proportionnée à leurs besoins; les principes de la communauté étaient pratiqués sous cette loi nouvelle avec une telle rigueur, que Saphire et Ananie furent frappés de mort pour avoir dissimulé une partie du prix de leur champ. Le moyen âge a aussi connu ces principes, mais avec une modification remarquable ; il les a connus, non plus comme loi générale de l'État, mais, au contraire, comme loi d'exception; c'est que la société moderne avait changé de base; l'individu y était redevenu une personne distincte de l'État, ayant en elle son foyer d'activité, de droits et de devoirs; rien ne prouve mieux la restauration de l'individu dans le monde que la nécessité d'un acte particulier de sa volonté pour retrouver cette communauté qui l'avait annulé autrefois : telle est l'origine des monastères. Au lieu d'une unité puissante et jalouse qui s'assimile impérieusement l'individu, c'est la volonté souveraine de celui-ci qui se retire d'une société dissoute, et se crée un abri dans ses décombres; c'était si bien à la vie civile du temps qu'il entendait se soustraire par ses vœux, que la situation contraire à laquelle il donnait la préférence prenait par opposition le nom de mort civile. Saint Augustin (2), en confessant à ses lecteurs qu'il s'est senti atteint, au milieu de ses égarements, de la passion dominante du siècle pour la retraite,

(1) Actes des Apôtres, chap. IV, vers. 32 et suiv.; chap. V, vers. 1er et suiv.
(2) *Confess.*, liv. VI, chap. XIV.

donne le plan d'un établissement de ce genre, qu'il arrêta de concert avec dix de ses amis, au nombre desquels il nomme Alype, et particulièrement Romanin, le plus riche d'entre eux et le plus ardent à se dépouiller : « Chacun, dit-il, apporterait ce qu'il pourrait avoir, et de tout cela il se ferait une seule masse que l'amitié rendrait commune à tous; on ne pourrait plus dire qu'une telle chose était à celui-ci, une telle autre à celui-là, mais que tout le bien serait en entier à chacun, et que tous auraient droit à chaque partie... Chaque année on choisirait dans la troupe deux économes qui auraient soin de tout, et les autres demeureraient en repos sans se mêler de rien, pendant que ces deux-là seraient en charge. » Il ajoute : « Mais quand nous vînmes à penser si nos femmes s'accommoderaient d'une telle vie, car quelques-uns en avaient déjà et je voulais aussi en avoir une, tout ce beau plan si bien concerté s'évanouit et s'en alla en fumée. » Au ve siècle, le moine Pélasge publia, au milieu des monastères qui se multipliaient, un livre *de Divitiis* (1), dans le but de persuader le renoncement à la propriété individuelle, non-seulement comme sacrifice méritoire du chrétien, mais comme condition nécessaire du salut, non-seulement dans les cloîtres, mais dans le siècle. Cette doctrine fut rejetée au nombre des hérésies par une condamnation formelle, comme si l'Église, la plus grande et presque l'unique autorité de l'époque, eût reconnu que la propriété collective ne pouvait plus être la loi de ce monde. La doctrine proscrite n'a point entièrement disparu : elle a trouvé un refuge et paraît s'être établie dans les États despotiques sous la protection de l'islamisme, partout où la personne humaine est méconnue; elle y a transporté au prince la propriété des biens. Nous allions dire de la juger par les services qu'elle sait rendre et les alliances qu'elle contracte, si nous ne la voyions faire une apparition, courte il est vrai, chez nous, en France, au milieu du XVIIIe siècle, dans la plus grande explosion des idées libérales. Il se fit après le système de Law une réaction violente contre les spéculations financières, et

(1) *Maxima bibliotheca Patrum*, t. VII.

l'on ne voulut reconnaître de richesse que la richesse territoriale. Cette superstition du sol passa dans l'économie politique, il n'y eut bientôt de producteur que la terre, et l'abbé Terray eut la prétention d'atteindre toutes les productions possibles à leur source par un impôt unique, l'impôt foncier. Le publiciste de cette école, Mercier de la Rivière, en donna la théorie (1). Selon lui, l'impôt foncier se perçoit à titre de partage de fruits, et tout partage suppose une propriété indivise. C'est qu'en effet le souverain est copropriétaire du produit net de la terre, et comme la propriété n'est que le droit de jouir, il est propriétaire dans l'acception la plus absolue du terme; aussi ne lève-t-il pas d'impôt; il prend sa part dans une chose commune. C'est ce système que Voltaire, dans son conte de *l'Homme aux quarante écus*, poursuit de ces sarcasmes dont il savait se faire des arguments. Mercier de la Rivière ne dissimule pas qu'en enseignant la confusion de la souveraineté et de la propriété, de l'*imperium* et du *dominium* dans l'État, il enseigne le despotisme; il dissimule si peu la chose, qu'il entreprend de réhabiliter le mot; il a inventé le despotisme légal : cette alliance de mots est de lui; et comme il a la bonne foi de dire que la propriété ne se conçoit pas dans un sujet multiple, mais seulement dans une personne individuelle, il décide que le législateur est essentiellement un, c'est-à-dire qu'il se refuse à toute division du pouvoir. Dans cette fournaise ardente de 93, où bouillonnaient les idées ennemies de monarchie absolue, de monarchie constitutionnelle, de communauté démocratique, la propriété individuelle luttait contre la propriété collective, et en triomphait. Robespierre, dans une déclaration des droits qu'il avait préparée seul, donnait de la propriété une définition où se dévoile une arrière-pensée de nivellement absolu : « La propriété, y disait-il, est le droit de jouir de la portion de biens qui nous est assurée par la loi. » La source de la propriété est dans la loi écrite; c'est la loi qui départit et mesure les biens. Les dictateurs mêmes de l'époque reculèrent devant cette énormité; ils n'admirent dans

(1) *De l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1766.

Digitized by Google

la constitution que la définition suivante, article 16 : « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie. » Cette définition ôte la propriété à la loi écrite et l'élève à une plus grande hauteur; elle l'attribue *à tout citoyen;* elle n'en fait plus le droit *de jouir* seulement, manière de réserver le fonds au corps social, mais le droit même de disposer; la propriété redevient individuelle.

Telle est en bref l'histoire de la propriété collective : elle a servi dans les temps antiques beaucoup moins à la liberté des citoyens qu'à la domination de la cité; on la trouve dans le monde moderne, partout où l'homme est opprimé; elle a passé dans notre civilisation avec la rapidité d'un rêve qui en remplace un autre; elle est aujourd'hui chez nous au service des écoles réformistes.

Dans notre monde tel qu'il est constitué, la propriété doit être individuelle pour répondre à deux grandes lois de la Providence, qui pourraient bien n'en faire qu'une.

A la liberté d'abord, dont elle est l'application la plus vivante : ni l'une ni l'autre ne se conçoivent impersonnelles; la propriété, comme la liberté, n'est active que dans l'individu. De là ce principe de la loi civile, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision; un droit indivis est un droit neutralisé, et tout droit neutralisé est une violence à l'homme et un dommage à la société; voilà encore pourquoi la loi du 10 juin 1793, qui ordonne le partage des communaux, a été un bienfait.

A l'inégalité naturelle ensuite; on fait un bien grossier contresens, quand on dit que la propriété implique l'égalité, tandis que la propriété ne pourrait cesser de réfléchir les variétés infinies de la personne humaine, sans cesser d'y avoir sa source, sans cesser d'être. Qu'est-ce que l'homme dans votre communauté? Un chiffre, une fraction arithmétique; il fait nombre parmi trente-quatre millions de ses semblables; il a, par cette unique raison, la trente-quatrième millionième partie de la masse; fraction qui s'élève ou s'abaisse, non à raison de son mérite, ou de son démérite, mais à raison de la statistique. Le chiffre de la population étant donné, il trouve son dividende

Digitized by Google

tout fait, il le laisse tel qu'il l'a trouvé, sans modification bonne ou mauvaise venant de lui, sans qu'il ait fait œuvre de ses mains ou de son intelligence; il compte dans la société comme la goutte d'eau dans le fleuve, selon la hauteur de l'étiage. Dans aucune des aberrations de son esprit, l'être intelligent et libre ne s'est encore infligé une dégradation aussi profonde.

A l'aide de ces principes, on peut porter un jugement sur un des actes les plus célèbres et les plus contestés de notre révolution. Que penser de la vente des biens ecclésiastiques? Faut-il y voir une violation du droit naturel, ou un usage légitime du pouvoir législatif?

La propriété de ces biens péchait par deux conditions essentielles : leur possesseur n'était point une personne individuelle, et il était incapable d'en disposer.

La première de toutes les conditions, pour être propriétaire de droit naturel, c'est de ne point tenir l'existence du droit positif. Que peut avoir en propre celui dont la vie même est précaire (1)? Les personnes qui détenaient les biens ecclésiastiques ne vivaient pas à un autre titre; le clergé en masse, considéré comme un ordre dans l'État, les nombreuses agrégations séculières ou régulières qui s'étaient formées dans son sein ou à côté de lui, étaient des personnes fictives que la loi pouvait défaire comme elle les avait faites; l'assemblée constituante, qui leur a retiré ces biens avec l'existence, n'a donc violé aucune loi antérieure, et Thouret a pu dire : « La même raison, qui fait que la suppression d'un corps n'est pas un homicide, fait que la révocation de la faculté accordée aux corps de posséder les fonds de terre ne sera pas une spoliation. » Autant en pourrait-on dire des communes, si le législateur avait jugé à propos de changer cet antique élément de notre état social, et des départements, per-

(1) Hallam, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. Ier, p. 109 et suiv., professe les mêmes principes sur le prétendu droit de propriété des communautés religieuses ou laïques. L'Angleterre, à l'époque de la réformation, a eu, comme la France, en 1790, sa vente de biens ecclésiastiques; mais, en France, ces biens ont été versés dans la masse commune; en Angleterre, ils ont été distribués aux lords de la chambre haute et aux chevaliers des comtés; telle est l'origine des grandes fortunes de l'aristocratie anglaise, aujourd'hui entretenues par des priviléges.

sonne moderne, née de la révolution, dont la loi du 10 mai 1838 a complété l'existence, en sous-entendant la même condition (1).

En cela, la foi des contrats n'a pas plus été violée que le droit naturel; ceux qui ont donné les biens n'ont jamais pu se méprendre sur la qualité de ceux qui les recevaient. Les contrats ne stipulaient rien pour le cas de la suppression des communautés donataires, et auraient d'ailleurs cherché en vain à leur communiquer ce qui ne se communique pas, l'inviolabilité; ni les fondateurs, ni les bienfaiteurs n'auraient pu faire que le souverain renonçât au droit de changer l'organisation politique, d'abolir les ordres, de supprimer les communautés et de pourvoir aux besoins du culte par un salaire individuel, substitué à des dotations collectives.

Le second vice dans la personne des corporations religieuses, l'incapacité de disposer, était tout aussi radical que le premier. La mainmorte, capable de recevoir, ne l'était pas d'aliéner; il en résultait, à chaque don, une combinaison bizarre, dont nous serions fort embarrassé de donner la qualification précise. Le donateur se dépouillait sans réserve et sans retour, et cependant n'investissait pas complétement le donataire; le droit de disposer, en quittant celui-là, ne passait pas à celui-ci; il ne résidait sur aucune tête, et restait à l'état d'abstraction inerte et sans assiette fixe. Ce contrat sans nom n'était ni un usufruit, il n'y avait pas de nu propriétaire; ni un dépôt, il n'y avait pas de déposant; ni un engagement ou une antichrèse, il n'y avait pas de créancier. Dans l'ordre de l'économie politique, il y a longtemps que l'on condamne ces personnes créées pour absorber sans produire, pour recevoir toujours sans jamais rendre, dont le triste privilége est de lier indissolublement des fonds de terre à leur destinée caduque, pour les laisser vacants et sans maître au jour où il faut périr, et l'État n'a plus à se justifier d'avoir restitué au commerce les cent cinquante millions de revenu foncier dont elles jouissaient : il pourrait passer de la défense à l'apologie, en soutenant qu'il a bien mérité du pays. Mais dans l'ordre constitutionnel et légal, et abstraction faite du dommage

(1) C'est ce qui résulte du titre Ier tout entier, et notamment des art. 36 et suiv.

commun, la difficulté de trouver un nom aux dotations des corps religieux provient de ce que la propriété y était plutôt amortie que réellement transmise. Nous ne sommes pas bien sûr de ce qu'elles étaient; mais, ce qui doit nous suffire, nous le sommes de ce qu'elles n'étaient pas. L'inaliénabilité est incompatible avec la propriété, et, quand elle est appliquée dans un sens absolu, comme autrefois aux gens de mainmorte, elle va jusqu'à la rendre impossible. Le droit civil la proclame bien quelquefois dans le régime dotal, ou à propos d'une substitution, d'une libéralité aux enfants à naître, et pendant les cinq ans qui suivaient le partage des biens communaux; mais il ne l'admet que dans certains cas, relativement à certaines personnes, et surtout pour un certain temps. S'il allait plus loin, il détruirait ce qu'il définit.

L'ancien domaine de l'État nous est un grand exemple : toujours déclaré inaliénable, et toujours aliéné, son histoire n'est que la suite des démentis qu'a reçus son principe, et a pour conclusion que sa prétention à l'inaliénabilité a été convaincue d'impuissance. La cause du mal n'était pas seulement dans l'esprit de cour, mais surtout dans l'incurable vice d'un principe heureusement impraticable; car s'il eût été d'une exécution possible, la richesse nationale eût été en sens inverse de la richesse du domaine, et l'on eût pu dire de lui ce que Trajan disait du fisc : que le corps s'appauvrit à mesure que la rate se gonfle. Le régime constitutionnel a seul fait rentrer dans le vrai la législation domaniale : il a déclaré le domaine aliénable; mais il a transporté la garantie dans la forme de l'aliénation, qui ne peut se faire que par une loi : c'est à la fois se conformer à la nature des choses, et se prémunir contre les abus.

Il y a dans la jurisprudence de la cour de cassation une doctrine remarquable, d'après laquelle tous les biens étant naturellement dans le commerce, pour les en ôter, il faut une loi, et qui, combinant ce grand principe avec l'organisation féodale, décide que les anciens ducs du Barrois mouvant n'avaient pu valablement déclarer leur domaine inaliénable, parce que ayant rendu hommage aux rois de France, qui avaient ainsi sur eux le dernier ressort, ils ne jouissaient pas de la souveraineté et

Digitized by Google

ne pouvaient faire une loi. Cette décision est d'une irréprochable justesse comme décision judiciaire et dans les limites de la question jugée; cela dit, et dit seulement du domaine de l'État, nous paraît incontestable; on conçoit que la volonté législative soit toute-puissante sur une propriété nationale, et ait le droit de la retirer du commerce, sinon sans proclamer un faux principe, au moins sans excès de pouvoir. Mais ce que la loi seule pourrait faire du domaine de l'État, le pourrait-elle d'une propriété privée? Si cette question constitutionnelle se présentait, reconnaîtrait-on à la loi le droit de faire cette violence à la nature échangeable de la chose et à la capacité d'une personne *sui juris?* Cette double interdiction de la chose et de la personne n'aurait-elle pas tout l'effet d'une expropriation, et ne serait-elle pas un excès de pouvoir dans le souverain lui-même? Mais ce qui n'est une question dans aucun ordre d'idées, c'est que la loi peut rendre au commerce ce qui en a été retiré, et qu'en disposant des biens ecclésiastiques, elle n'a spolié ni même exproprié personne.

Si, au lieu du droit de disposer, c'était le droit de jouir qui manquât, la conclusion serait la même : le droit qui, tôt ou tard, de manière ou d'autre, ne se résoudrait pas en une perception de fruits naturels, industriels ou civils, ne serait pas une propriété. Ainsi le domaine direct, qu'avait créé le régime féodal par opposition au domaine utile, n'était pas un véritable domaine, en dépit du nom qu'on affectait de lui donner; les lois de la révolution ont aboli en lui une forme, une suprématie, un pouvoir politique, non une propriété.

Voilà pour la personne du possesseur; voici pour la chose possédée.

La distinction que nous venons de faire dans les personnes se reproduit dans les choses; il y en a de naturelles, il y en a de fictives. Le législateur a aussi son monde dans lequel il crée; il y fait des choses, comme il y fait des personnes. Celles qu'il n'a pas créées lui sont antérieures, et sont une fin pour lui : il n'existe qu'à cause d'elles; s'il y touchait, il violerait la condition même de son existence; les autres n'existent que par lui et ne sont dans ses mains que des moyens; il conserve sur

elles les droits d'un créateur; et comme il a eu le droit de vie, il a le droit de mort. Cette distinction élémentaire, dont on n'aura jamais à faire un aussi fréquent usage que sous le régime constitutionnel, trace la ligne de démarcation entre ce qui est inviolable et ce qui ne l'est pas. Nous le répétons : l'inviolabilité ne se dérive que du droit naturel, c'est de cette hauteur qu'elle doit descendre pour s'imposer à la loi. Tout ce qui naît dans la sphère inférieure du droit positif est bien obligatoire pendant sa durée; mais autre chose est d'être obligatoire pour les citoyens et pour les tribunaux, autre chose de l'être pour le législateur; cette dernière espèce d'obligation constitue seule l'inviolabilité.

Le droit positif, dans le but même de conserver la propriété, de la reconnaître, de la fixer, de la défendre, de la garantir, c'est-à-dire de remplir son devoir, a été obligé de se mêler à elle, et, dans la longue vie des peuples, le mélange devient si intime que les deux éléments s'identifient trop souvent aux yeux du monde. Mais si la physionomie de la propriété s'altère quelquefois dans son passage à travers les institutions sociales, au point de jeter dans la perplexité le jurisconsulte chargé de la reconnaître, son caractère est indélébile, et le privilége de son origine ne se perd jamais. Ainsi, il est des cas où elle ne cesse pas d'appartenir au droit naturel, bien que ce soit la loi positive qui l'attribue; lorsque après un désordre social, la loi restitue le plus faible contre l'usurpation du plus fort, lorsqu'elle affranchit le territoire, lorsqu'elle abolit la féodalité au profit des vassaux, et la servitude personnelle au profit des esclaves, elle ne concède pas un droit qui procède directement d'elle; elle fait un retour au droit naturel, et la propriété ainsi rétablie participe à l'inviolabilité constitutionnelle. La loi du 15 mars 1790 a proclamé un grand principe dans son article 22 : « Tous droits exigés sous prétexte de commissions données par les seigneurs pour exercer des professions, arts ou commerces, ou par des actes qui, par le droit naturel et commun, sont libres à tout le monde, sont supprimés sans indemnité. »

On distingue donc entre la propriété naturelle et la propriété légale.

Sur la première, il n'y a qu'un mot à dire; elle n'a besoin d'être définie ni même indiquée. Toutes les choses de la nature sont au nombre des biens : c'est la règle générale, et l'homme la sait par instinct. Il faut en distraire les choses communes, celles dont l'article 714 du code civil dit qu'elles n'appartiennent à personne, et que l'usage en est commun à tous. C'est l'exception. Cependant qu'on n'étende pas trop cette exception; qu'on se tienne en garde contre la vicieuse classification des choses dans le droit romain, et surtout contre un texte des Institutes (1), qui classe l'eau courante parmi les choses communes, et l'assimile sans aucune différence à l'air et à la mer. Cette décision est fausse dans sa généralité, et fait tort au domaine de l'homme, en lui retirant ce qui évidemment lui appartient. On s'explique pourquoi l'air et la lumière sont déclarés choses communes; Dieu nous les a versés avec une profusion telle, qu'ils ne peuvent manquer à personne par la faute de la nature; ils ne sont donc pas appropriables, car l'appropriation de l'un est l'exclusion de tous les autres, et l'exclusion ne se peut dans les choses communes. Mais si chacun a sa part de l'atmosphère et sa place au soleil, l'eau ne coule pas toujours pour tout le monde; elle peut ne pas suffire, elle peut manquer tout à fait, et sa pénurie devenir une calamité; elle est donc appropriable, puisqu'elle est l'objet d'une jouissance exclusive pour les uns, d'une privation pour les autres, d'une concurrence pour tous. Qu'importe qu'elle ne puisse se fixer comme un corps solide? Chaque bien a son genre d'utilité; celle de l'eau courante est précisément dans sa nature mobile et fugitive, sans laquelle elle ne servirait ni de moyen d'irrigation, ni de force motrice. Le code civil, dans ses dispositions imparfaites sur les cours d'eau (2), qu'il considère moins comme des biens que comme des servitudes, les régit cependant comme des dépendances du sol, et s'écarte en cela des Institutes (3).

(1) Lib. II, tit. I, *De rerum divisione*. « Naturali jure communia sunt « omnia hæc : Aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. »

(2) Art. 640 et suiv.

(3) On sent qu'ici je me sépare entièrement de la doctrine adoptée par l'arrêt de la cour de cassation du 10 juin 1846, qui déclare que les cours d'eau non navigables n'appartiennent à personne.

Mais on ne saurait passer aussi vite sur la propriété légale, dont le caractère artificiel a des ressemblances trompeuses qui usurperaient volontiers l'inviolabilité, et qui ne s'étudient bien que de près. C'est une de ces matières dans lesquelles on n'est clair qu'en raisonnant sur des exemples.

On a rangé (1) dans cette classe, également et au même titre, les noirs esclaves, la propriété littéraire et industrielle, les offices, les monopoles, les priviléges; toutes propriétés, dit-on, qui n'existent que par la loi. Repoussons d'abord une classification qui accole comme homogènes des éléments aussi disparates: qu'importe que les choses ainsi réunies émanent du législateur? L'identité de leur origine autorise-t-elle à confondre celles qui bravent le droit naturel avec celles qui le respectent, ou qui au moins ne le blessent pas? Jamais une science bien faite n'assimilera la propriété littéraire à la prétendue propriété des esclaves, ni aucune d'elles à cette autre prétendue propriété des offices; jamais elle ne les appellera du même nom; car de les appeler du même nom, à les régir par les mêmes principes et à leur attribuer les mêmes effets, il n'y a qu'un pas, et ce pas a déjà été franchi. M. le duc de Broglie, dans ce rapport qui restera d'ailleurs comme un modèle du genre, affirme qu'un notaire est tout à la fois propriétaire de sa maison et de son office, et qu'il peut faire acte de propriété à l'égard de l'une et de l'autre (2), quand il est manifeste qu'un notaire ne peut faire de son office ce qu'il fait de sa maison. Comme pour mieux démontrer le danger de déplacer les limites et de mêler les espèces, M. de Broglie ajoute (3): « C'est le législateur qui crée en quelque sorte la matière de la propriété légale, *tantôt en transformant fictivement les personnes en choses; tel est le cas pour les esclaves;* tantôt en instituant des êtres de raison, des choses de convention, par exemple, les charges, les offices publics; tantôt en restreignant, au profit de quelques-uns, ce qui naturellement est du domaine de tous; c'est ainsi que deviennent possibles la propriété littéraire,

(1) M. le duc de Broglie, *Rapport sur l'abolition de l'esclavage*, p. 262 et suiv.

(2) Page 265.

(3) Page 267.

les brevets d'invention, les monopoles, les priviléges. *Tout cela existe de par la loi, n'existe que sous le bon plaisir de la loi, et tire de la loi non-seulement son inviolabilité positive, mais son droit au respect dans le for intérieur. La veille du jour où la loi a déclaré que les esclaves étaient des choses, l'esclavage n'était qu'un acte de violence, l'esclave avait le droit de légitime défense, et les gens de bien faisaient très-bien de lui prêter main-forte; il en sera de même le lendemain du jour où cette loi sera abrogée...* » Dans l'attente du grand acte de justice qui se prépare, nous ne dirons pas notre pensée sur la question de savoir si un esclave a le droit de briser ses fers, et la raison qui nous empêche de la résoudre aurait peut-être dû empêcher de la poser. Mais nous protestons contre l'inviolabilité que l'on prostitue à l'esclavage, bien qu'on la qualifie de positive. Et quant au respect que l'on nous demande pour lui dans le for intérieur, c'est précisément dans le for intérieur que nous lui refusons le nôtre, sans nous dispenser d'ailleurs de nos devoirs comme magistrat. Nous avons reconnu à la loi le droit de créer des personnes; mais tant qu'il y aura une différence entre ce qui est légitime et ce qui est légal, nous ne lui reconnaîtrons jamais celui de transformer les personnes en choses. Il ne suffit pas toujours que la loi ordonne à la propriété d'être, pour que la propriété soit, et la souveraineté elle-même ne peut rien tirer du néant. Cela dit, nous comprenons très-bien que l'esclavage étant un fait accompli dans un monde où il s'est si profondément creusé une place, il est juste de ne l'en retirer qu'avec le moins de déchirement possible. Nous renvoyons au paragraphe suivant ce que nous avons à dire sur la question d'indemnité, que fait naître son abolition projetée.

Après l'esclavage, la propriété littéraire; c'est passer d'un pôle à l'autre. La destinée de la propriété littéraire est à remarquer : elle est la plus évidente de toutes, et elle en est la plus restreinte; nulle autre ne dérive plus directement du droit naturel, et nulle n'est plus dépendante du droit positif. Récapitulez les objections faites contre la propriété en général; il n'en est pas une qui ait de prise sur celle-ci; à la différence des autres, elle n'affecte pas d'empire sur les objets extérieurs; elle

ne donne point à résoudre le problème de l'appropriation; elle n'a besoin, pour se justifier, ni de démontrer la supériorité du maître sur la chose, ni d'enseigner que Dieu a mis la nature au service de l'homme. Au lieu d'appeler à lui les objets pour se les assujettir, l'homme ici tire de son être quelque chose d'intime, pour s'en détacher et le produire; il n'absorbe plus, il dépense; il dépense la partie la plus excellente de lui-même; ou plutôt, le style étant l'homme, l'homme qui écrit s'expose et se livre tout entier au public. Dans cet enfantement d'une œuvre intellectuelle, on ne se demande plus comment il peut l'acquérir, mais comment il pourrait la perdre. Et cependant il est convenu que cette espèce de propriété est temporaire, quand les autres sont perpétuelles; la loi positive n'est occupée que du soin de trouver l'espace de temps qu'elle lui permettra de vivre; on propose tantôt dix ans, tantôt vingt, tantôt trente. D'où vient cette bizarrerie? De ce qu'elle est une propriété légale, répond M. le duc de Broglie, et que la loi peut limiter la vie qu'elle donne; car la défense de réimprimer un livre ne peut venir que de la loi, et c'est elle seule qui constitue la propriété littéraire. Distinguons. Apparemment ce n'est pas la loi qui a créé le livre, et cependant la propriété ne serait légale que par là. Nous dirions bien des chefs-d'œuvre du génie français qui ont été réduits par la loi à des publications clandestines, d'autres qui n'ont pu rentrer dans leur patrie que sous les formes d'importations étrangères, et qui l'ont dotée d'une illustration frauduleuse. Mais ceux à qui la loi a soufflé la vie, où sont-ils? où peuvent-ils être? Depuis quand la première, la seule indépendance peut-être de ce monde, n'est-elle pas celle de la pensée? Ne nous méprenons pas sur la défense de réimprimer le livre pendant le temps donné à l'auteur pour en jouir exclusivement; cette défense se fait à titre de protection et de garantie, non de création. La fonction de la loi est ici la même qu'à l'égard des autres propriétés, qui resteraient, sans son aide, à la merci de l'usurpation et du pillage; elle défend la réimpression du livre, comme elle défend le vol; car réimprimer un livre sans le consentement de l'auteur, c'est la manière de voler la propriété littéraire; mais en la protégeant,

elle ne la dénature ni ne la fait déchoir de son origine, pas plus qu'en déterminant le temps nécessaire pour prescrire, elle ne fait que la raison première de la prescription ne lui soit antérieure et supérieure. Il faut donc restituer la propriété littéraire, ou plutôt la laisser au droit naturel. Ce qui n'empêche pas qu'elle ne soit essentiellement temporaire, et que le domaine public ne soit sa véritable fin; mais elle l'est par une raison toute philosophique et qui exclut celle que nous venons de rejeter. Le dirons-nous? elle est temporaire parce qu'elle est excellente; son infériorité apparente s'explique par la supériorité très-réelle de sa nature.

Cette explication se déduit de l'opposition que nous venons de signaler entre les biens ordinaires et les biens intellectuels, de la différence dans leur point de départ et dans leur but, et de la marche inverse qu'ils suivent. Les biens ordinaires tendent du monde extérieur à l'individu, l'appropriation ne s'opère pas autrement; les biens intellectuels tendent de l'individu à l'espèce; c'est le contraire de l'appropriation. Les uns divergent vers les différents maîtres auxquels ils s'assujettissent, et se partagent, se morcellent, se réduisent en conséquence; les autres prennent leur vol du cerveau qui les a conçus, vivent d'une vie qui n'est plus la sienne, et vont à un rendez-vous commun; ils y adhèrent à une masse unique, éternel patrimoine du genre humain, dont la propriété merveilleuse est de se propager sans cesse, de s'étendre sans s'affaiblir, de se communiquer sans diminution, ou plutôt de s'enrichir des dons qu'elle fait. Là, concentration; ici, diffusion; là, amour de soi, jouissance privée, jalousie, égoïsme; ici, désintéressement, zèle de l'humanité, enthousiasme de sa destinée. Les lois de l'appropriation ne sont point faites pour cette communauté intellectuelle; elles y contrarieraient la Providence, en arrêtant la transmission des connaissances humaines, chacun gardant celle qu'il y aurait apportée, et se refusant à tout mélange par lequel elle cesserait d'être privative. Elles y seraient impraticables; car, la fusion une fois accomplie, comment retirer sa mise du fonds auquel elle est incorporée? Le moyen de reconnaître et de suivre, dans cet océan, la goutte d'eau qu'on y a versée? et puis,

Digitized by Google

une justice exacte serait-elle humainement possible? N'a-t-on fait autre chose qu'un apport à cet enseignement mutuel? n'en a-t-on rien reçu? Que doit Virgile à Homère, Racine à Virgile, Euler à Euclide, Galiléc à Copernic, Newton à Descartes qu'il a combattu? Qui fera le décompte du créateur original, et de l'imitateur qui perfectionne, du prêt et de l'emprunt? Il est donc vrai : le domaine public attend tôt ou tard l'œuvre qui lui est due. Si la propriété ordinaire est individuelle, exclusive et perpétuelle, la propriété intellectuelle est collective, communicable et temporaire, sauf la gloire qui reste éternellement fidèle à la personne. Ainsi le veut la loi suprême de la civilisation.

Ceci est vrai de la propriété industrielle, qui, tout en s'appliquant à d'autres objets, a la même origine et la même destination. Les brevets d'invention et les marques sont des signes qui la constatent, mais qui ne la constituent ni ne l'altèrent. La propriété vraiment légale s'attache, si l'on veut y réfléchir, à une personne civile ou individuelle, comme l'office au notaire; mais elle n'est pas destinée au domaine public, au lieu que la propriété intellectuelle ou industrielle y est portée par une attraction spontanée; la loi positive ne fait que suspendre pendant un temps son essor naturel, et, ce temps passé, elle l'abandonne à son propre poids qui détermine sa chute dans le domaine public. La loi positive ne l'attribue pas plus qu'elle ne l'a créée.

Un temps viendra que ces principes, bien compris des peuples policés, passeront du droit naturel dans le droit des gens, et combleront une lacune de leur civilisation; la propriété intellectuelle et industrielle, constatée dans les formes prescrites par les lois nationales, ne s'arrêtera plus aux frontières de chaque État; elle aura le respect de tous les peuples qui tiennent à être justes, et elle aura aussi sa catholicité avec l'unité de son dogme. La contrefaçon sera un ennemi public et universel, poursuivi, chassé à l'égal de la piraterie. On reviendra de l'erreur qui traite un droit naturel comme un droit civil, en étendant jusqu'à lui la condition de réciprocité (1) de nation à

(1) Art. 11 du code civil.

Digitized by Google

nation : principe que l'on fausse en le déplaçant, et qui, ainsi entendu, suppose qu'une injustice en autorise une autre. Ce n'est là, nous en convenons, qu'un simple vœu, que la généreuse France elle-même n'est point encore dispensée de faire pour elle. Un arrêt de la cour de cassation d'une date récente, du 14 août 1844 (1), semble décider que la propriété industrielle est un droit civil soumis à la condition de réciprocité. Mais aussi nous croyons voir dans cet arrêt un sentiment de représailles se mêler à la question de principe; la cour de cassation nous a appris depuis cinquante ans, par d'illustres exemples, qu'il n'est ni d'erreur, ni de vérité qu'elle ne finisse par reconnaître. Peut-être aussi faut-il, pour que la réforme se fasse, que le signal vienne d'ailleurs que de l'autorité judiciaire, et pour qu'elle se fasse sans dommage, qu'elle vienne de plusieurs points à la fois. Mais de quelque point de l'horizon que parte l'initiative, la gloire l'attend.

Autre propriété appelée légale : ce sont les offices créés par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816; ceux-ci ne procèdent pas, en effet, du droit naturel, en quoi ils diffèrent des œuvres de l'intelligence et de l'industrie; mais ils ne lui sont pas contraires : en quoi ils diffèrent de l'esclavage.

Cette loi de 1816 a son commentaire dans son origine. Sortie d'un désastre, elle a été chargée d'en payer les dettes. Malheur au principe de droit, né d'une loi de finances! Le besoin d'argent conseille, l'impôt est levé; l'embarras financier passe, et le principe reste; il reste seul, survivant à la nécessité qui n'est plus, et obligé de se justifier sans elle. Il fallait augmenter les cautionnements, et procurer un avantage quelconque, en échange du supplément qu'on allait exiger. Comment s'y prendre? Mettrait-on un prix à l'office même? Mais c'eût été la vénalité des charges, et la vénalité des charges, mauvaise sous tous les gouvernements, puisqu'elle met dans le commerce un démembrement de la puissance publique, eût été un crime sous le régime constitutionnel. Même à l'époque néfaste de 1816, où toutes les portes du passé menaçaient de se rouvrir, on n'osa

(1) Affaire Guéland contre Rowland; Dalloz, liv. LXIV, chap. ier, p. 385.

pas; et c'en est assez pour rayer ces mots de *propriété des offices*, qui expriment ce qui n'est pas, ce qui ne peut légalement être. Dans l'impossibilité de faire argent de l'office, on chercha autour de lui le moindre de ses accessoires, un rien qui pût devenir quelque chose. On fit une découverte : on trouva le droit de présentation. Qu'est-ce que le droit de présentation? et d'abord, est-ce un droit? Pas le moins du monde. Un droit correspond nécessairement à une obligation corrélative. Où est ici l'obligé de qui a le prétendu droit? Ce ne pourrait être que le gouvernement à qui la présentation est faite, et qui examine le sujet présenté. Mais ce qui reste certain parmi tant d'incertitudes, c'est que le gouvernement ne perd rien de sa liberté, ni d'après la loi de 1816, qui permet seulement de présenter le successeur à l'agrément du roi, ni d'après celle du 21 avril 1832, qui ne soumettait à l'enregistrement que l'ordonnance de nomination, comme l'indispensable complément du traité, ni d'après celle du 25 juin 1841 qui reporte la perception du droit sur le traité même, sauf restitution, si la nomination ne s'ensuit pas; la prérogative royale n'est entamée dans aucune phase de cette législation; elle agrée ou refuse, comme elle l'entend; le traité ne renferme ni ne transmet de droit sur rien ni sur personne, avant qu'elle se soit prononcée. Il y aurait donc d'un côté le porteur d'un droit, et il n'y aurait aucun obligé de l'autre : cela ne se peut. Ainsi, la présentation du successeur par le titulaire, c'est-à-dire l'introduction d'un candidat près de l'autorité compétente, n'est pas un droit : c'est une simple faculté commune à tous, que la loi ne donne ni ne retire; qui, par conséquent, ne peut servir d'équivalent à la somme versée, ni de matière à un contrat commutatif. A défaut de l'office qui ne constitue pas une propriété, à défaut de la présentation qui ne saurait constituer un droit, où donc est la chose créée par la loi, en échange du supplément qu'elle exige? Je crois enfin comprendre : le candidat, présenté par le titulaire, a plus de chances d'être nommé qu'un autre : voilà tout. Cette faveur, attachée à la présentation du titulaire, a son côté juste, et nous n'avons rien à en dire, si l'administration se borne à en faire un motif de préférence, une règle intérieure de conduite, et,

si l'on veut même, un usage; mais le mal est d'y mettre la condition d'une finance. Donner à un acte désintéressé l'apparence trompeuse d'une propriété ou d'un droit appréciable, c'est exactement faire, au nom de la prérogative royale, en vertu d'une loi, et partant, d'une manière licite, ce qui, de la part d'un agent de l'administration, et pour son compte, serait un délit punissable de la dégradation civique. Le supplément de finance n'a donc pas son équivalent : c'est un contrat sans cause.

La loi de 1816 en a promis une autre pour régler l'application de son principe : mais on attend encore la loi promise, ou plutôt on a cessé de l'attendre. Il est plus facile de proclamer un faux principe que d'en donner une théorie raisonnable et d'en organiser l'exécution; c'est un embarras que l'on a laissé aux tribunaux. Ceux-ci n'ignorent pas qu'entre le cédant et le cessionnaire, il y a une justice dont il est possible de trouver les règles, et ils s'acquittent de leur tâche. Mais du législateur aux officiers ministériels, il n'y a aucun lien; il est toujours le maître, à la seule condition de rembourser la finance, de rentrer dans le vrai, et il n'y rentrera jamais trop tôt; car le principe de 1816 est dépravateur. La dette dont il grève les cessionnaires est factice, et cependant elle leur donne des besoins réels; il relâche des consciences que le tarif tend à resserrer, et les tient dans la tentation journalière de manquer à un devoir, pour satisfaire à une obligation : vénalité bâtarde et honteuse, qui introduit l'esprit de spéculation où la loi recommande le désintéressement, des mœurs suspectes où l'on présume de la pureté, des soupçons où l'on affiche un titre officiel à la confiance, et à qui plus d'une fonction utile et honorable doit déjà la défaveur collective dont elle est frappée.

Tels sont les caractères de la propriété vraie ; il reste à en connaître les limites.

§ II. — Des limites du droit de propriété.

Il n'y a pas de droit sans limite; le droit de propriété n'est pas exempt de cette nécessité sociale, et il est juste de mettre,

à bien poser la sienne, la même rigueur qu'à déterminer son caractère.

Il est en présence, ou de l'utilité politique, qui lui est préférable, et à laquelle il doit céder, ou du droit des tiers, qui est son égal, et devant lequel il doit s'arrêter.

L'utilité publique peut avoir deux objets : ou le sacrifice de la chose, moyennant une indemnité préalable, c'est l'expropriation; ou seulement son mode de jouissance; c'est le régime auquel certaines propriétés sont soumises dans leur exploitation, non par le caprice de l'homme, mais par leur nature même.

Le droit des tiers est que personne ne fasse de sa propriété un usage dommageable à autrui : je ne puis former chez moi certains établissements sans autorisation, et l'incendie volontaire de ma propre maison est un crime, si elle est assurée, ou si elle peut communiquer le feu au voisin.

Notre étude ne portera que sur l'utilité publique dans ses rapports avec la propriété. Le droit des tiers est évident par lui-même; il a l'assentiment de tous, car il est le droit de chacun; il n'y a point de gouvernement qui le réduise à la nécessité de se prouver et de se défendre; il a sa règle dans la justice universelle, et son vengeur dans les tribunaux administratifs et judiciaires. Lorsqu'au contraire la limite de la propriété se pose au nom de l'utilité publique, le pouvoir n'est plus neutre; il n'intervient plus comme tuteur des intérêts privés, mais comme partie; c'est pour et contre lui que l'on cherche la limite. Quand la question est de faire la loi à la loi, les explications deviennent nécessaires; on ne reconnaît pas toujours de juge commun, et il n'y a de salut que dans la netteté de la doctrine. C'est proprement le droit constitutionnel.

Le danger est alors partout, dans les doctrines et dans les mots; et il est d'autant plus grand, que le sophisme est aux ordres du pouvoir. La langue de la science se fausse avec les idées, ou reste indécise comme elles. L'impropriété dans les termes est constamment le symptôme d'une altération dans la doctrine; tantôt on oppose *la souveraineté à la propriété*, pour assujettir l'une à l'autre, sans s'apercevoir que ces deux idées

Digitized by Google

sont d'ordres différents, et qu'on ne peut les mettre sur la même ligne, pour établir les rapports d'une supériorité hiérarchique de la première sur la seconde, la souveraineté devant protection à la propriété, et n'existant pas à autre fin : s'il est vrai qu'elle ne puisse imposer à celle-ci un seul sacrifice injuste, c'est que le principe du juste n'est pas en elle, et qu'elle est obligée de le chercher au dehors. Il y a donc entre elle un tiers pour les départager : ce tiers, c'est le droit. Tantôt on cite ce passage de Sénèque : *Omnia rex imperio possidet, singuli dominio*, où la morale stoïcienne distingue, il est vrai, l'empire du domaine, et reconnaît par là l'indépendance du droit, mais dont l'inconvénient est de supposer que le prince possède aussi bien que les individus, quoique à un autre titre. Tantôt on allègue le *domaine éminent*, appellation franchement despotique, sentant son origine féodale, qui distingue et gradue deux domaines, place l'un au-dessus de l'autre, détruit nécessairement celui qu'elle subordonne, et équivaut à une négation de la propriété individuelle. Que l'on ne s'y méprenne pas; ceci n'est pas une querelle de mots. Ceux pour qui le domaine éminent n'est qu'une inexactitude de langage sans conséquence peuvent le voir à l'œuvre dans l'histoire : dans le XIIe siècle, Philippe-Auguste expulse les juifs du royaume, mais en confisquant leurs biens, et en déchargeant ses autres sujets de leurs dettes envers eux; le tout en vertu du domaine éminent; dans le XVIIe siècle, après la révocation de l'édit de Nantes, Louis XIV refuse aux protestants le droit de s'expatrier, punit les émigrants de la confiscation de leurs biens, prohibe et annule toutes les manières directes ou indirectes d'en disposer : autre effet du domaine éminent. On ne lui fait pas tort, en le chargeant de ces attentats, auxquels il a servi sinon de cause, au moins d'explication. Nous en avons pour preuve la théorie de ces violences, telle qu'on la trouve, avec une approbation fort peu déguisée, dans l'ancien *Répertoire de jurisprudence*, et telle que M. Merlin l'a conservée dans le sien, apparemment comme souvenir historique (1) : « De toutes les lois pénales faites pour empêcher les émigrations,

(1) *Répertoire*, vo *Religionnaires*, § 7.

les seules justes sont sans doute celles qui défendent aux fugitifs d'emporter avec eux les richesses que leurs ancêtres leur ont transmises, ou celles même qu'ils ont acquises dans le royaume par leur industrie. Les liens de sujétion et de cité sont nécessairement subordonnés à la condition de demeurer dans un État; on ne peut point enchaîner au delà la volonté de l'homme, ni le priver du droit que lui donne la nature, de fixer son séjour dans tel lieu de la terre qu'il juge à propos. Il faudrait au moins pour cela un pacte exprès entre la société et chacun des individus qui la composent. Mais, *par un juste retour,* la société en faisant cesser la communauté de tous les biens, de toutes les richesses répandues dans son territoire, ne les a réparties entre ses membres, ne leur a donné le droit de les accroître, qu'à la charge qu'ils continueraient d'être citoyens : elle s'en est conservé *le domaine éminent;* de sorte qu'un fugitif ne peut emporter avec lui ni conserver dans sa fuite sa fortune particulière, de même que le vassal commet son fief, dès que, par son fait, il n'est plus en état de remplir les devoirs de la vassalité : il ne peut s'en jouer au préjudice des clauses de l'investiture et du domaine direct réservé par le seigneur suzerain. » Cela est clair, et ne doit pas plus se réfuter que s'oublier : voilà comment Philippe-Auguste a chassé les juifs tout nus, et comment les protestants n'ont sauvé leurs personnes des mains de Louis XIV qu'en y laissant leurs dépouilles.

Toutefois, en détestant cette doctrine, ne soyons pas injuste envers l'ancien régime ; on le caractériserait mal, on le calomnierait même, si l'on allait jusqu'à l'accuser d'avoir absolument méconnu le droit de propriété. Les autres droits des Français, égalité devant la loi, sûreté individuelle, liberté de conscience, liberté de la presse, et jusqu'au droit de travailler dont il a fait un droit régalien, il les a tous niés; nous les tenons de la révolution, qui les a conquis sur lui. Mais il reconnaissait le droit de propriété, ou, pour parler plus exactement, il le pratiquait; c'est en cela qu'il différait du pur despotisme. Dans l'exécution des travaux publics, il indemnisait les propriétaires dépossédés, sinon en vertu d'un principe reconnu *a priori*, du moins par un sentiment d'honnêteté, qui

faisait que l'administration répugnait à s'emparer du bien d'autrui sans le payer. Ce n'est pas que ce sentiment même fût toujours également efficace; en matière de voirie, quand il s'agissait d'ouvrir une rue ou un chemin, on mettait trop souvent l'indemnité à la charge des propriétés voisines, dont on supposait ou dont on exagérait la plus value, et, dans certains cas, un usage que combat Perrot (1), auteur d'un *Dictionnaire de la voirie* sous l'ancien droit (2), en dispensait tout à fait; le prince s'en chargeait par générosité; la morale (car ce n'était pas autre chose) la morale du pouvoir devenait plus sévère pour la construction d'un canal; l'utilité de l'entreprise était plus générale; la grandeur de l'œuvre et souvent la gloire y intéressaient directement le prince. « Ces ouvrages importants, dit encore Perrot (3), se font toujours aux frais du roi; » et, en effet, une clause par laquelle le roi promettait l'indemnité, était de style dans les arrêts de concession. L'édit d'octobre 1666, par lequel Louis XIV, sur la foi du génie de Riquet, ordonna la construction du canal du Midi, l'un des monuments de son règne, rapporte la clause en ces termes : « Lesquels terres et héritages seront par nous payés aux particuliers propriétaires, suivant l'estimation qui en sera faite par experts nommés par les commissaires qui seront par nous députés... » Jugeons ici de la différence précise de ce régime au nôtre; l'occasion est décisive. Sur toutes les autres parties de notre droit public, l'un accordant ce que l'autre refusait, on les apprécie par opposition, et tout est dit. Mais lorsque l'ancien ne refusait pas ce que le nouveau proclame, la différence, car il y en a toujours une, est à étudier. Le pouvoir absolu, dans des mains honnêtes, ne fait point de concessions sans stipuler le droit des tiers; mais cette stipulation n'est jamais que la condition d'un contrat; elle n'équivaut pas à un principe permanent, général, obligatoire, auquel résisterait d'ailleurs sa nature de pouvoir absolu; elle a besoin d'être expresse, et,

(1) Arrêt du conseil d'État du 25 mai 1705. Beaumanoir, chap. XXII, cité par Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XV.

(2) Indemnité. Voy. aussi le *Traité de la police*, par Delamarre.

(3) *Ibid.*, v° *Canaux*.

Digitized by Google

grâce à elle, l'entrepreneur n'est substitué aux droits du prince qu'avec une restriction. C'est ainsi que Riquet, entrepreneur à forfait, pour le prix de 3,630,000 livres, du canal du Midi, en a loyalement supporté les charges, et s'y est à la fois immortalisé et ruiné. Mais supprimez la clause, qu'arrive-t-il? La substitution de l'entrepreneur dans les droits du prince est pure et simple; c'est en face du prince que sont placés les tiers; c'est le prince qu'ils ont à combattre; c'est contre lui qu'ils cherchent la protection d'une règle fixe, sans la trouver. Nous n'ignorons pas la célèbre formule : *Sauf notre droit en autres choses, et l'autrui en tout*, dont la chambre des requêtes (1) a fait honneur à l'ancien régime, qu'elle voit écrite dans tous les arrêts de concession, et qu'elle y sous-entend, quand elle n'y est pas; mais cette formule est vague; elle réserve tout et ne décide rien; elle ne dit pas, dans le conflit du droit du prince et du droit d'autrui, où sera l'inviolabilité; il n'est pas certain qu'on l'ait sous-entendue dans tout le royaume, et il est à craindre que ce ne soit un usage de quelque parlement du Midi, qu'un sentiment d'équité a tout à coup rendu universel. Quelle qu'ait été sa portée, il est au moins douteux qu'il eût pu lutter contre les théories générales du pouvoir absolu, théories qu'on ne laissait pas dormir, quand on en sentait le besoin. Au dire de Saint-Simon, ce même Louis XIV sollicita les oracles de la Sorbonne sur l'établissement d'un impôt; il en reçut cette réponse que les biens de ses sujets étaient les siens; il crut à la réponse, puisque l'impôt fut levé. Sous le même règne, en 1695, on publia, avec privilége et approbation du roi, un livre intitulé : *Testament politique de monsieur de Louvois*, dans lequel ce prince se laissait dire à lui-même : « Tous vos sujets, quels qu'ils soient, vous doivent leurs personnes, leurs biens, leur sang, sans avoir droit d'en rien prétendre. En vous sacrifiant tout ce qu'ils ont, ils font leur devoir, et ne vous donnent rien, puisque tout est à vous. »

Une impartialité exacte ne pourrait-elle pas tout concilier,

(1) Arrêt du 19 juillet 1827 ; Dalloz, liv. XXVII, chap. ier, p. 314.

en disant que le pouvoir absolu, impatient d'ailleurs d'un lien quelconque, consentait cependant à ne pas opprimer en détail? il réservait la théorie du domaine éminent pour la politique, pour l'établissement d'un impôt, pour les émigrations qu'il avait ordonnées ou défendues. Mais dans la pratique journalière, il se pliait à la propriété individuelle qui ne compromettait pas son principe; l'arbitraire dans les grandes occasions, la justice dans les petites; rien de plus simple :

. . . . . Ce sont là jeux de prince,
On respecte un moulin, on pille une province.

Du reste, dans les choses même que l'on respectait, et tout en indemnisant les propriétaires, nulle garantie pour eux dans l'indication des terrains à occuper : ils étaient à la discrétion de l'entrepreneur. « Nous ordonnons, disait encore Louis XIV dans son édit de 1666, que l'entrepreneur puisse prendre toutes les terres et héritages nécessaires... » L'entrepreneur pouvait prendre : ces mots sont caractéristiques; heureusement que cet entrepreneur était Riquet, et il traita de gré à gré avec les riverains.

On voit maintenant la différence de l'ancien régime au nouveau, sur une vérité qu'ils s'accordent à reconnaître. Des deux côtés, la morale et le sentiment du juste; mais là, une maxime relative, flexible, controversée, et dont le plus heureux résultat pratique est un simple usage; ici, un principe certain, permanent, rigoureux, plus fort que les plus forts, plus élevé que les plus élevés, commandant à ceux qui commandent, jusqu'à proclamer l'inviolabilité d'un droit. Le langage se perfectionne avec les idées : le nouveau régime allègue, non pas un domaine supérieur à un domaine, ce qui ne peut être, mais l'utilité publique et communale, c'est-à-dire la prédominance de l'intérêt de tous sur l'intérêt de chacun, loi nécessaire des sociétés humaines. Il avoue qu'il exproprie; c'est beaucoup, car ce mot signifie qu'il ne reprend pas sa chose, mais qu'il occupe celle d'autrui. Les formes se perfectionnent avec les mots. Ce n'est plus l'administration disant au propriétaire :

« J'ai besoin de ta maison, en voilà le prix, va-t'en; » on y fait plus de façons. L'administration est une partie, le propriétaire une autre; voilà deux intérêts en présence; ils vont lutter à armes égales. Et d'abord, c'est à l'administration à constater l'utilité publique dans des formes dont elle n'est pas maîtresse, et à la charge d'être contredite. Cela fait, qui prononcera le grand sacrifice que la société demande, l'expropriation? qui fera céder le droit, sans le violer? L'autorité judiciaire, la seule réellement neutre; la seule, non pas qui soit impartiale, mais en l'impartialité de laquelle on ait foi; la seule dont le rôle grandisse dans la même proportion que la liberté des citoyens, et qui se fortifie au milieu de l'affaiblissement des autres. Ce n'est pas tout. L'indemnité, qui la fixera? de ne sera aucune des deux parties, ce ne sera pas même l'autorité judiciaire qui les départage : l'expertise est sujette à trop d'erreurs et trop d'influences. On empruntera à la société son sens le plus sûr, le jury. La propriété aura la même garantie que les biens les plus précieux du citoyen, la vie, l'honneur, la liberté, au niveau desquels on l'élève : jamais loi humaine n'avait autant fait pour elle.

L'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant une indemnité préalable, a son caractère propre, sur lequel il est facile de se méprendre, parce qu'elle confine à des cas analogues, et cependant distincts. Il faut d'abord qu'il y ait expropriation, c'est-à-dire une chose que l'on ôte à son maître, pour la faire passer en d'autres mains; or il se peut que la propriété souffre quelques restrictions, ou même quelque diminution de valeur, sans qu'il y ait expropriation.

Il ne suffit pas qu'il y ait expropriation; il faut qu'elle ait pour cause l'utilité publique. Si elle se fait à un autre titre, si un créancier saisit les biens de son débiteur, ce n'est plus l'expropriation dont nous nous occupons.

Il ne suffit pas qu'une chose quelconque soit enlevée à son possesseur; il faut que cette chose constitue une propriété vraie. Dans le cas contraire, il peut y avoir privation, dommage; il n'y a pas expropriation.

Il ne suffit pas que, dans le cas d'un dommage ou d'une pri-

Digitized by Google

vation, on alloue une indemnité, pour que cette indemnité soit le signe de l'expropriation; elle peut être allouée par des raisons déduites d'un autre ordre d'idées.

Reprenons.

L'imposition d'une charge sur un héritage n'est pas une expropriation, puisque l'héritage reste à son maître; à la vérité, il ne lui reste qu'avec une charge de plus et une valeur proportionnelle de moins, mais telles sont les conséquences de l'état social; elles assujettissent les choses, comme elles obligent les personnes. Si des rapports de contiguïté ou de voisinage naît une servitude; si les lois de la nature condamnent mon fonds à recevoir les eaux des fonds supérieurs; si les lois de l'homme me défendent de bâtir dans la zone qu'elles déterminent autour d'une place de guerre, c'est une nécessité que la société ou la nature fait à ma propriété, c'est une condition de son existence, et pour laquelle aucune indemnité ne m'est due. Je ne suis point exproprié, je ne fais aucun sacrifice; il est rigoureusement vrai que ma propriété me reste; elle me reste telle qu'elle peut exister dans son intégrité relative, la seule que j'aie le droit d'exiger pour elle.

Toutefois, ceci n'est vrai sans exception que des servitudes dont l'établissement respecte l'intégrité matérielle de la chose et n'entame pas sa substance, comme des servitudes négatives qui consistent à s'abstenir, et, par exemple, de la prohibition de bâtir; autrement il y a expropriation partielle, et l'indemnité est due. Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire (article 643 du code civil); mais il peut réclamer une indemnité: pourquoi? Parce que la servitude prend une partie de l'eau, dont le volume lui appartient en entier. Le propriétaire d'un fonds enclavé peut réclamer un passage sur le fonds voisin (article 682), mais à la charge d'une indemnité : pourquoi? Parce que le voisin est privé du terrain sur lequel est établi le passage. On en pourrait dire autant des usages forestiers, si la loi, au lieu de défendre d'en créer de nouveaux, l'ordonnait à l'avenir; ils diffèrent des servitudes, auxquelles on les compare trop sou-

Digitized by Google

vent, en ce qu'ils ne respectent pas la substance forestière et qu'ils menacent de la détruire.

C'est ici le lieu de rappeler une observation, que nous avons déjà eu plusieurs occasions de faire : on aura beau écrire les garanties de la liberté, on ne les écrira jamais toutes. Comme la liberté a nécessairement sa limite, le pouvoir qui sera chargé de poser la limite, comme chez nous le pouvoir législatif, tiendra la liberté dans sa dépendance. Le despotisme s'arrange des formes légales, aussi bien que de l'absence même des formes. Chose singulière! un régime dont la perfection est de tout écrire se termine à un principe qui ne s'écrit pas : le seul frein réel est un frein invisible. Ceux-là donc qui jettent de l'incertitude sur le droit naturel, ou qui en affaiblissent la croyance dans les âmes, nuisent à la liberté autant qu'il est en eux, en poussant au scepticisme constitutionnel. La limite de la propriété étant l'utilité publique, l'exagération de l'utilité publique est un danger. La loi qui s'habitue à faire tomber le droit individuel devant l'utilité publique peut très-régulièrement tuer la propriété.

On reproche cette tendance à notre époque, et l'on cite comme un de ces symptômes la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations. On avait d'abord pensé que le passage des eaux naturelles ou artificielles pouvait être réclamé sur les fonds intermédiaires, au nom de l'utilité publique, et on lui appliquait le principe de l'expropriation; puis, on s'est aperçu que cette utilité était moins publique que privée, et au lieu d'une expropriation, on n'a demandé aux fonds intermédiaires qu'une simple servitude. Mais c'était trop, ou trop peu; trop peu, si l'utilité publique était pour quelque chose dans la mesure, car on pouvait et on devait aller jusqu'à l'expropriation; trop, si elle n'y était pour rien, car on ne devait même pas créer de servitude. On s'est fait illusion, si l'on a cru que l'établissement de cette servitude pouvait se passer de l'utilité publique, et que la compétence de la loi pour l'établir était la même que dans l'article 682 du code civil, pour accorder un passage au fonds enclavé. L'enclave crée une nécessité qui n'est pas l'œuvre de la loi; on a pu penser qu'il était moins dommageable

de grever d'un passage une propriété voisine, que de laisser une autre propriété sans exploitation possible; la loi n'a fait que choisir entre deux maux le moindre, et elle déclare la servitude bien plus qu'elle ne la crée. Mais la loi de 1845 va plus loin; elle accorde aux eaux naturelles ou artificielles un passage forcé sur les fonds intermédiaires, pour le plus grand avantage d'un autre fonds déjà en culture. Elle n'a point pour objet de pourvoir à une nécessité première de la propriété; mais de procurer le mieux à qui a le bien. C'est une évidente déviation des principes.

Si l'on répond que l'amélioration d'un fonds et, par exemple, la conversion d'une terre arable en prairie, rentre dans l'intérêt général, on change la raison de la loi; on revient au motif que l'on a abandonné, à l'utilité publique, et l'on abandonne celui pour lequel on s'est réduit à la simple servitude, l'utilité privée. Mais alors on tombe dans une autre méprise; l'utilité publique qui légitime l'expropriation est celle qui résulte directement de l'expropriation même, et non pas cette utilité indirecte que la société tout entière recueille de la meilleure exploitation des propriétés particulières. Si le principe devait s'entendre dans ce dernier sens, la loi pourrait s'emparer de l'exploitation des terres, la propriété ne serait plus le droit de disposer et de jouir de sa chose de la manière la plus absolue; l'oracle du droit naturel parmi nous, l'assemblée constituante nous aurait déçus, en nous disant dans son décret du 28 septembre 1791, article 2 : « Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres... » L'utilité publique chasserait de partout le droit individuel.

Et, même dans l'hypothèse de l'utilité publique indirecte, on fait tort au propriétaire du fonds intermédiaire en ne l'expropriant pas; on le prive de la garantie du jury; on le livre à tous les hasards de l'expertise; on lui ôte le droit d'exiger, le cas échéant, qu'on l'exproprie de sa propriété tout entière. L'imposition d'une servitude peut ne laisser entre ses mains qu'une propriété mutilée, impropre à tous les usages, ou au moins à celui qui lui importe; si l'aqueduc force le pauvre à faire une prairie du coin de terre où il sème du blé, on risque de lui

arracher son pain. Tout est danger dès qu'on s'éloigne des principes.

Les principes sont plus rigoureux encore en matière de monopoles exercés par l'État.

Le monopole diffère de l'expropriation en ce que celle-ci enlève à des individus certains immeubles, pour les appliquer à une destination nouvelle, et que celui-là dépossède collectivement la société tout entière d'une de ses facultés, pour l'exercer à sa place; l'expropriation n'a lieu que moyennant une indemnité préalable; le monopole dépouille sans aucun retour. La simple utilité publique et directe suffit pour justifier l'expropriation; mais, pour que le monopole soit autre chose qu'une spoliation, il faut plus que l'*utilité*, il faut la *nécessité;* en d'autres termes, il faut que la faculté dont l'État s'empare ne puisse être exercée que par lui seul; ce n'est pas assez qu'il l'exerce mieux qu'un autre, il faut que l'exercice ne soit possible que pour lui. C'est un monopole légitime que celui de l'administration des postes; ce genre de service est tel que l'industrie privée ne saurait s'en acquitter : désintéressement personnel dans les affaires et les secrets dont on est dépositaire, privilége indispensable pour le transport, taxe fixée de manière à ce que le service se défraye lui-même, sans dégénérer en spéculation; les conditions de cette tâche ne peuvent être remplies que par l'État, à tel point que la compagnie qui s'en chargerait ne le pourrait que comme lui étant substituée. Il en est de même de la fabrication de la poudre, par des raisons que chacun sent et qui ne paraissent point susceptibles de discussion. Mais la discussion se présente sur le monopole des tabacs. Depuis plus de cinquante ans que l'on éternise, de prorogation en prorogation, son existence provisoire, on a eu recours à deux manières de la défendre : les uns (et c'est le plus grand nombre) avouent qu'il viole le principe, mais ils subordonnent le principe à la raison financière; les autres nient la violation du principe, qu'ils faussent en l'expliquant. De ces deux apologies du monopole, je n'hésite pas à préférer l'ennemie déclarée du droit; elle dispense au moins de raisonner avec elle, et ne fait du retour au principe qu'une ques-

tion d'opportunité, tandis qu'il n'y a rien à espérer de la seconde; celle-ci entreprend de me démontrer que la loi, qui me défend de cultiver le tabac dans mon champ, non pas comme une chose mauvaise en soi et mauvaise dans toutes les mains, mais comme un privilége qu'elle réserve à d'autres, est une loi normale et définitive. Voici comme le directeur général des contributions indirectes en 1819 soutenait cette thèse : « Remarquez que nous n'appelons ici propriété que ce qui existe et est possédé. La raison et le langage nous défendent d'intituler propriété *une industrie non encore exercée :* des domaines, des magasins, des ateliers, un commerce établi, *sont des propriétés;* l'industrie est *une faculté.* Or, dirons-nous que l'homme en société est libre d'exercer toutes les facultés, comme bon lui semble? La Charte indique-t-elle rien de pareil? En ce cas, plus de lois; car les lois n'ont pas d'autre objet que de régler et de restreindre l'usage des facultés du citoyen. Mais, du moins, cette faculté inoffensive, désignée sous le nom d'industrie, cette faculté dont l'exercice crée la richesse publique et les fortunes individuelles, doit-elle être, objecte-t-on, affranchie de contrainte et de privation? Il n'en est rien; la société souffrirait chaque jour mille dommages, si les industries étaient exercées *comme un droit naturel, et non pas comme un droit positif établi par les lois* (1). » Voilà la théorie du monopole dans son expression la plus simple et la plus naïve. La propriété est peut-être de droit naturel; mais la propriété, c'est la chose réduite à elle-même, c'est mon champ indépendamment de la culture que je lui donne; l'exploitation que je prétends en faire tient à l'usage de mes facultés, et l'usage de mes facultés est régi par les lois; les lois n'ont d'autre objet que de le restreindre; leur essence n'est pas de le protéger; l'industrie, qui n'est que l'exercice de mes facultés, est par conséquent un droit positif établi par les lois; c'est grâce à elle que j'ai l'usage de mes dix doigts. Ainsi l'ancien régime avait raison de déclarer le travail un droit régalien, et la loi de 1791 a eu tort de proclamer l'industrie libre; ainsi le code civil a eu tort de définir

(1) *Moniteur* du 10 avril 1819, p. 428.

la propriété le droit de disposer et de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, et l'assemblée constituante de reconnaître à chacun le droit de varier à son gré la culture de sa terre; la Charte surtout, la Charte ne dit rien, quand elle déclare la propriété inviolable; elle est inviolable pour tout le monde, excepté pour la loi; la loi a contre elle le droit de lui mettre une limite, et la limite se pose sans tenir d'elle aucun compte. Voilà ce qu'il faut croire pour que le monopole des tabacs soit légitime.

Il ne peut y avoir expropriation où il n'y a pas de propriété vraie, et l'on sait ce que nous entendons par ce mot. La loi n'exproprie personne, quand elle abroge son ouvrage, qu'elle révoque une concession, qu'elle réforme un abus, bien qu'elle retranche quelque chose à celui qui en profitait. Elle n'exproprierait personne, en supprimant les offices, ou le droit de présentation qu'il plaît de nommer ainsi. Cela serait vrai, même quand la loi allouerait une indemnité; l'indemnité procéderait d'une autre cause que de la dépossession d'un propriétaire. Il y a de vieux abus qui deviennent des besoins, et dont la réforme radicale causerait plus de ravages que l'abus même; l'état social a la vertu de s'assimiler tout ce qui dure, et des intérêts légitimes ont le temps de naître et de croître sur un fonds vicieux. Il arrive quelquefois alors que le législateur, en proscrivant l'abus pour l'avenir, indemnise celui qui en vivait, et il y a là un sentiment d'équité et presque de justice sociale. L'indemnité ne devient pas un titre pour l'abus et ne le légitime pas; elle n'est qu'un palliatif au dommage qu'entraîne la transition du mal au bien. Toutes les fois que le mal s'invétère, il y a une erreur commune, dont le législateur est complice quand il l'a tolérée, dont il est l'auteur quand il l'a instituée, et il est juste qu'il ne ruine pas les victimes de l'erreur qu'il a causée ou soufferte. Nous en trouvons un exemple dans l'article 78 du code forestier. L'introduction des bêtes à laine dans les forêts a toujours été regardée comme le moyen le plus rapide de les détruire. Elle a constamment été défendue, et la prohibition remonte au delà de l'ordonnance de 1669. Cependant l'abus a persisté, et le code forestier compose avec lui, non en l'autori-

Digitized by Google

sant, car la prohibition pour l'avenir redouble au contraire de sévérité, mais en ouvrant l'action en indemnité dans certains cas.

Une occasion éclatante va se présenter d'examiner ce principe : l'abolition de l'esclavage des noirs se fera-t-elle avec ou sans indemnité pour les maîtres? La discussion s'engage moins sur l'indemnité en elle-même que sur le titre auquel on l'accorderait. Si c'est à titre d'expropriation pour utilité publique, on tombe dans une contradiction; on reconnaît que l'esclave est une propriété vraie, et par conséquent que l'esclavage est légitime. Mais s'il est légitime, pourquoi l'abolir? Car il n'y a d'autre raison de l'abolir que son illégitimité même; il a d'ailleurs son utilité propre, et il se défend par d'incontestables services rendus à l'agriculture et au commerce. Cessez de voir en lui un attentat au droit naturel, et il n'y a plus que des raisons de le maintenir. Dans le cas de l'expropriation, la chose expropriée continue de subsister; elle passe seulement d'une main dans une autre; il y a mutation. Dans l'abolition de l'esclavage, la prétendue chose cesse d'exister : elle ne quitte pas son premier maître pour passer à un second; il y a suppression, et il ne reste rien dont l'indemnité puisse être le prix. Le titre auquel les colons la réclament serait donc une raison de n'en point accorder, puisqu'il conduit à la légitimité de l'esclavage, et partant à son maintien.

L'opinion contraire s'attache à concilier l'indemnité avec l'illégitimité de l'esclavage et la nécessité de son abolition ; elle lui cherche un autre principe que l'expropriation; elle l'explique par l'erreur commune. L'erreur est d'avoir cru qu'on pouvait faire d'un homme une chose; elle est commune, parce qu'elle s'est établie et accréditée chez tout le monde; chez les colons, qui, malgré les préjugés de leur position, n'ont jamais pu étouffer en eux la voix de la raison et de la conscience, au point de croire que l'esclavage était juste et n'aurait pas de terme; chez le législateur, qui est le premier et le plus grand coupable; le christianisme lui a servi de prétexte pour instituer l'esclavage, et il a donné aux nègres le droit de demander ce qu'était cette vérité religieuse, qui ne se communiquait qu'au

prix de la liberté ; après l'avoir établi, il l'a encouragé par des immunités et des primes (1) ; quand une révolution l'a fait disparaître, il l'a rétabli. « Quand le gouvernement, dit M. de Broglie (2), prend sur lui d'intervenir ainsi, au nom de l'État, dans la direction des capitaux et d'en altérer la distribution naturelle, il rend l'État, jusqu'à un certain point, solidaire des conséquences ; diriger, c'est s'engager plus ou moins ; on est responsable des embarras dont on est cause, et qui tend la main pour entrer doit la tendre pour sortir. » Ainsi tout le monde s'est trompé, tout le monde a trompé ; la réparation doit se partager comme la faute. La différence ne sera donc pas seulement dans le principe, mais aussi dans l'étendue de l'indemnité : quand elle est la suite d'une expropriation, elle doit être complète ; le propriétaire dépossédé doit rester indemne ; quand elle vient réparer un tort commun, elle est partielle et relative.

Il peut y avoir expropriation, l'expropriation peut provenir du fait de la puissance publique, sans avoir pour objet l'utilité publique telle qu'il faut ici l'entendre, c'est-à-dire l'exécution d'un travail intéressant l'État ou la commune ; elle est alors régie par d'autres principes, et ne s'accomplit pas dans les mêmes formes ; nous en avons un exemple dans la confiscation des biens des émigrés.

La Charte a dû envelopper dans la même déclaration d'inviolabilité les biens de toute origine, biens ecclésiastiques, biens d'émigrés, et, si haut qu'on remonte dans l'histoire, il n'est aucune des catastrophes du droit de propriété qu'elle ne couvre de son égide. Elle renchérit même en énergie sur les constitutions précédentes : celles de l'an III et de l'an VIII se bornaient à proclamer irrévocables les ventes des biens qu'elles appelaient encore *nationaux* : manière de les protéger qui les distinguait des autres et les maintenait dans une classe à part. La Charte fait mieux : elle efface la différence et confond *toutes les propriétés* en une seule masse, dans laquelle elle défend de distinguer, de telle sorte que la dénomination de *biens nationaux*, repoussée par le texte, ne peut plus constitution-

(1) Voy. le *Mémoire* de M. de Broglie, p. 270.
(2) Page 271.

nellement s'entendre que des biens domaniaux désignés dans l'art. 1er de la loi du 28 octobre 1790. Mais où la Charte confond tout dans un intérêt d'ordre et de paix, la doctrine distingue dans l'intérêt de la science ; son privilége est de se défendre des passions de la politique, et de venir, quand le calme est rétabli dans l'atmosphère, étudier les coups terribles qu'elle a frappés pour leur donner une place et un nom, comme le cultivateur, après la bataille, laboure et féconde le champ qu'elle a ravagé. Il n'y a pas eu expropriation dans la vente des biens ecclésiastiques; il y en a eu dans celle des biens d'émigrés : mais à quel titre?

On a dit, à l'occasion de la loi du 27 avril 1825 sur l'indemnité des émigrés, que les confications de 92 et de 93 avaient eu lieu en vertu du domaine éminent, et que l'indemnité venait compléter la mesure et la légitimer. Mais ce raisonnement ne prouve qu'une chose, c'est le besoin qu'a la politique elle-même de demander au droit des prétextes ou des excuses. Le domaine éminent, comme on l'appelle, n'a été pour rien dans les confiscations. Ce n'était pas l'émigration que la république voulait punir dans ses adversaires politiques, comme Louis XIV l'avait punie dans ses adversaires religieux : le droit d'émigrer venait d'être reconnu par l'assemblée constituante; Louis XIV l'avait nié. Ce que la confiscation voulait atteindre, c'était l'émigration en état d'hostilité contre la France. Il y avait guerre, c'était le droit de la guerre que l'on appliquait : l'une des deux puissances belligérantes mettait la main sur les biens de l'autre. A ne consulter que les faits et les lois, telle est la cause précise de la confiscation. Les lois réfléchissent les faits avec une fidélité que chacun peut vérifier dans l'histoire; on y suit pas à pas les progrès de la lutte, ses passions, ses périls. D'abord c'est le principe pur et simple de l'indemnité de guerre qu'adopte le législateur : « Considérant, dit-on dans un décret du 12 février 1792, qu'il est instant d'assurer à la nation l'indemnité qui lui est due pour les frais extraordinaires occasionnés par la conduite des émigrés, et pour leur ôter les moyens de nuire à la patrie... » Voilà le principe, voici les conséquences. Deux mois après, le décret

du 8 avril de la même année ajoute : « Les biens des Français émigrés et les revenus de ces biens sont affectés à l'indemnité due à la nation, » et le séquestre est organisé. Nous arrivons à 93 : la querelle s'envenime, la guerre se fait à outrance, la colère passe du champ de bataille dans la loi; on n'abandonne pas le principe de l'indemnité, notez-le bien, mais on y ajoute, on le dépasse. Dans le décret du 28 mars, il se mélange de dispositions pénales; le séquestre se change en confiscation, l'émigration volontaire en bannissement perpétuel; la mort civile, cette excommunication temporelle, est fulminée, et, dans ce redoublement de rigueurs, le principe civil de l'indemnité, dégagé des dispositions pénales que la colère y ajoute, reste toujours comme le motif historique et légal de la confiscation; il ne se sépare pas du droit de guerre, dont le double but est de réparer le dommage passé et d'empêcher le dommage à venir. On était donc bien loin de la vérité, lorsqu'en 1825 on présentait la mesure de 92 comme une expropriation pour utilité publique, et qu'on donnait la loi d'indemnité comme son complément nécessaire. On dénaturait le fait en l'expliquant. L'expropriation avait eu une indemnité pour but, non pour condition; elle acquittait une dette, et ne faisait pas naître de créance; l'ancien propriétaire payait et n'acquérait pas de droit. L'effet de la loi de 1825 a donc été de l'indemniser de l'indemnité qu'il avait subie; c'est un des retours les plus frappants des choses d'ici-bas.

L'inviolabilité, proclamée en 1814 au profit de toutes les propriétés sans distinction, n'était pas subordonnée à l'indemnité de 1825; elle remontait par elle-même à l'origine des ventes, sans condition aucune, et il a fallu que la loi de 1825, pour se créer un objet, fît acception de la différence effacée par la Charte.

L'expropriation n'est pas la seule manière dont l'utilité publique agisse sur le droit de propriété; elle ne demande pas toujours au maître le sacrifice de sa chose en l'indemnisant; lors même qu'elle la lui laisse, elle peut encore s'immiscer dans l'exploitation, la hâter, la surprendre, la restreindre, la diriger. Le but de la loi n'est plus alors d'ôter à un citoyen la propriété

Digitized by Google

d'une chose, mais de soumettre toute une espèce de biens à un régime spécial et permanent.

Nous n'envisageons ces législations spéciales que sous le rapport qui nous touche; ce n'est pas un traité que nous entendons faire; nous recherchons seulement si, en limitant le droit, elles ne le violent pas, et si, dans le régime qu'elles établissent, le principe constitutionnel reste sauf.

Il restera sauf, si les restrictions qu'on y met ne sont pas arbitraires, et elles ne seront pas arbitraires si, d'une part, l'espèce de biens qui en est l'objet importe à la société tout entière, et si, de l'autre, la propriété individuelle est impuissante à la conserver ou à la faire valoir. A ces deux conditions, il est évident que l'intervention de la loi est légitime. La mauvaise économie d'une propriété ordinaire ne donne lieu qu'à un dommage privé; la chose périt pour le maître et ne périt que pour lui, mais la déperdition d'une substance nécessaire, et inférieure à la consommation générale, l'administration vicieuse ou même l'abandon d'une chose, quand la société s'en ressent en mal, sont un dommage public que l'office du législateur est de prévenir.

Ainsi, il importe à la société tout entière que les marais soient desséchés; il ne peut dépendre des individus qui les possèdent de condamner toute une contrée à vivre dans une atmosphère insalubre. L'avantage de rendre à la culture des terrains improductifs n'est à nos yeux qu'une considération secondaire, insuffisante pour justifier seule l'immixtion du législateur : la vraie raison est dans la santé publique.

La bonne exploitation des mines importe également à la société tout entière; elle peut, par son mode, compromettre la vie des hommes; elle intéresse, par ses produits, l'industrie et la défense nationale, tous les arts de la paix et de la guerre, que l'on ne compromettrait pas sans péril.

La société tout entière a besoin de la conservation des forêts; elle en a besoin pour les services publics, tels que la marine, l'artillerie, les endigages, qu'on ne laisserait pas impunément en souffrance, pour la consommation particulière qui serait elle-même menacée, si la police n'y pourvoyait; elle en a be-

soin comme condition d'une bonne constitution atmosphérique, puisqu'un déboisement excessif peut aller jusqu'à déranger l'harmonie du climat, en lui ôtant un moyen naturel d'absorption des pluies et en occasionnant des inondations.

Or la propriété individuelle, abandonnée à elle-même, ne saurait subvenir à aucune de ces nécessités; il en est qu'elle aggraverait au point d'en faire un fléau. Remarquons que son inaptitude provient de deux causes sur lesquelles la volonté de l'homme ne peut rien : sa nature propre et la nature des biens qu'il s'agit d'excepter de la règle. D'une part, ses facultés sont, en général, insuffisantes pour les grandes entreprises, telles que les desséchements de marais et les exploitations de mines : elle ne peut se passer du concours d'autrui : mais ce que son insuffisance rend nécessaire, son esprit le rend impossible; ses qualités constitutives deviennent des défauts, ses attributs essentiels des obstacles : la propriété individuelle est ici particulièrement incapable, par la raison même qu'elle est individuelle. Quand il faudrait associer des capitaux, combiner des efforts, se soumettre à une direction commune, établir des commissions, organiser des syndicats, toutes choses qui se rapprochent de la propriété collective; son instinct est d'être exclusive, rebelle à toute communauté, indépendante jusqu'à l'isolement; sa prétention de rester inviolable, même dans ses caprices; de grands intérêts seraient donc délaissés sans l'intervention de la loi.

D'une autre part, il y a en ce monde des choses d'une nature réfractaire à l'action de la propriété individuelle, comme les mines; il en est qui ne résisteraient pas à l'exercice de son droit absolu, et qu'elle ne sait toucher sans les faire périr, comme les forêts.

Les forêts sont une preuve bien frappante qu'en dépit du temps et des révolutions, chaque nation est une personne continue et toujours identique à elle-même. Elles ne forment pas un de ces fonds inépuisables qui défient l'abus du droit individuel, et jusqu'à nos goûts les plus destructeurs; elles composent un approvisionnement général que nous a mesuré la Providence, dont la reproduction est plus lente que la consomma-

tion, et qui n'est dans les mains d'une génération qu'un dépôt à transmettre à celle qui va la suivre; aussi les contemporains souffrent et se plaignent des malversations de leurs prédécesseurs. Si nous ajoutons foi à des statistiques accréditées, la France a possédé trente-trois millions d'hectares de bois : c'était trop; l'espace manquait à la population, aux villes, à l'agriculture. Aujourd'hui, pour une population double et des besoins centuples, elle en compte à peine sept millions; tant il est facile de se débarrasser de son superflu! Un temps a été qu'on abattait un arbre comme un ennemi, qu'on le renversait comme un obstacle. Les armées se cherchaient à travers les bois, et il fallait que la cognée détruisit les arbres, avant que les armes détruisissent les hommes. On ne s'est pas aperçu du moment où l'équilibre s'est établi entre les besoins et les ressources; le soin de l'avenir et la science forestière ne pouvaient naître que de la pénurie, et le zèle dans la destruction ne s'est pas ralenti, commme si la substance que l'on tourmentait n'eût jamais dû périr. L'embarras de nos antiques richesses existait encore, assure-t-on, sous le règne de Louis XI, de Louis XII à Henri IV, de Henri IV à Louis XIV : la rapidité des ravages a effrayé Sully et Colbert. Les plaines de la Beauce ont sans doute remplacé par d'autres richesses les forêts dont on les a dépouillées; mais dans de vastes contrées du centre, de l'est, de l'ouest et du midi, on a fait des vides sans les remplir : rien n'a compensé les pertes. En 1790, ceux qui ont retiré les forêts ecclésiastiques aux personnes fictives qui les détenaient ont eu l'imprudence de les livrer à des personnes réelles, sans rien stipuler pour leur conservation, et le droit d'abuser s'est exercé sans prévoyance et sans pitié. Là n'était cependant pas le plus grand mal; le mal qui ne gît que dans un fait peut avoir un terme; l'ordre succède au désordre, et les forces réparatrices de la nature ne s'épuisent pas; mais quand le mal est dans le droit, où est le remède pour le législateur, à qui le droit est sacré? L'abus d'aujourd'hui n'était pas un abus autrefois; dans l'origine, les propriétaires de forêts, avec une facilité que donne une exubérance gênante, prodiguaient des concessions de toute sorte à des communautés d'habitants sous le nom

d'usages, à des usines sous le nom d'affectations. C'était un bien pour eux de percer leurs fourrés épais, et de conquérir un guéret sur un bois; aussi appelaient-ils près d'eux les habitants et les usines, à qui les usages et les affectations étaient, à la rigueur, des conditions d'existence. Mais quand les usines et les communautés eurent trop bien rempli leur tâche, la destinée de la propriété forestière eut quelque chose de singulier et d'alarmant; elle devint incapable de supporter des charges légitimes : le droit d'usage restait vivant à côté d'un bien qui dépérissait; c'était un consommateur toujours affamé sur une proie toujours décroissante, et dont les entrailles ne renaissaient pas sous le bec du vautour. La France appauvrie, ainsi réduite à compter avec elle-même, n'avait pas seulement à concilier les soins de l'avenir avec des droits acquis, elle avait encore à redouter, pour ce qui lui restait de bois, l'usage le plus ordinaire de la propriété privée; la propriété privée dans les mains les plus sages, chez le meilleur père de famille, et que nous supposons incapable de rien sacrifier à l'avidité des jouissances immédiates, est encore, sous le rapport général, une mauvaise ménagère de ses forêts; elle peut avoir des raisons bonnes pour elle, mauvaises pour l'État, d'augmenter la partie arable de son sol aux dépens de la partie forestière, et la fortune particulière la mieux administrée peut être en opposition avec l'intérêt tout aussi bien entendu de la fortune publique. Voilà comment l'économie politique a dû prévaloir sur l'économie domestique dans l'exploitation de cette espèce de biens, et pourquoi le législateur a pu légitimement dire au propriétaire d'une forêt : Vous ne créerez pas de nouveaux usages; vous n'abattrez pas vos bois sans une déclaration préalable; vous ne défricherez pas votre sol sans autorisation.

L'aménagement des forêts ne demandait après tout que des lois de police; mais le régime des mines offrait de plus à résoudre un des problèmes les plus difficiles du droit de propriété. Ce n'est assurément pas une propriété comme une autre, qu'une chose enfouie au sein de la terre, à laquelle on ne parvient qu'à grands frais et avec de grands dangers, dont on dirait plutôt qu'elle a été soustraite que donnée aux enfants des

hommes, qui n'est ni douée de fécondité, ni par conséquent susceptible de culture, qu'on ne peut ranger au nombre des fonds producteurs ni des fruits, qui périt par l'usage qu'on en fait, qui périt même pour ne pas renaître, et cependant c'est une propriété; elle compte au nombre des biens les plus nécessaires et les plus précieux. Mais à qui appartient-elle? Là est le problème.

Est-ce au domaine de l'État? Il y a peu d'apparence. Le domaine de l'État, personne fictive, ne saurait être propriétaire de droit naturel : il ne possède qu'en vertu des attributions formelles du droit positif. Les mines ne lui appartiennent pas comme biens vacants et sans maîtres, car la question est précisément de savoir si elles n'ont pas un maître, dont le titre dérive soit de leur gisement, soit de leur nature; elles ne lui appartiennent pas davantage comme n'étant pas susceptibles de propriété privée; car elles sont très-susceptibles de cette possession exclusive qui caractérise la propriété privée. Quand Mirabeau a soutenu le contraire en 1791, il est parti du faux principe que la société est la source du droit de propriété, et qu'elle n'a pu donner que la propriété de la surface. Le droit romain sous les empereurs, et après lui le droit féodal attribuent au domaine sur les mines une redevance qui était généralement fixée au dixième, et une redevance supposait que la propriété résidait dans les mains d'autrui. On a pu conclure le contraire d'un édit de Henri II, de 1548; mais les lois du 12 juillet 1791 et du 21 avril 1810 les ont rendues au domaine privé.

Est-ce à l'inventeur? Pas davantage : l'invention n'est qu'un mode de l'occupation (1), et, pour qu'elle produise son effet, il ne suffit pas de savoir qu'une chose est dans tel lieu; il faut encore et surtout l'appréhender de fait; or l'appréhension exige que l'on ouvre le sol, ce qui n'est possible que du consentement du propriétaire, ou avec l'intervention de l'autorité. Ne serait-ce pas au propriétaire du sol même? Cette hypothèse a quelque chose de plausible. La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, et semble comprendre naturellement la mine.

(1) Question de droit, v° *Mines*, § 1er, p. 321 ; voy. ff., *de acq. rer. dom.*

Toutefois, que l'on y réfléchisse : cette règle du droit civil, en donnant la propriété du sol pour mesure à celle du dessus et du dessous, suppose que celle-ci a la même étendue, les mêmes bornes, la même configuration que celle-là. La pensée tire des limites de chaque héritage une ligne perpendiculaire, qui continue en haut et en bas la propriété du sol avec une exactitude géométrique, et fait dans la même proportion monter et descendre le droit. Cela se conçoit à merveille, tant qu'aucun obstacle ne s'y oppose. Mais que la ligne perpendiculaire rencontre une mine, c'en est fait de l'exactitude géométrique : bien que la mine ait son lit dans la terre, elle forme cependant un corps distinct, hétérogène, compacte, rebelle aux divisions du sol et aux découpures capricieuses que nos intérêts et nos lois lui font subir : elle a son mode particulier d'existence et d'exploitation. Il faut que les puits se creusent, que les galeries s'étendent suivant la direction de son gisement; autrement les lignes descendant de la surface rendraient les travaux impossibles ; le propriétaire d'un sillon, impuissant pour rien faire, serait tout-puissant pour empêcher. Évidemment cette propriété souterraine a d'autres lois que la propriété superficiaire, et, ce qui lève tous les scrupules du législateur, c'est que la différence ne vient pas de l'homme.

Ainsi repoussé de toutes les hypothèses connues, le législateur de 1810 en a trouvé une nouvelle qui pourrait bien être la vraie. Une mine est une matière inerte qui attend au fond de la terre qu'on vienne l'y chercher, et qui ne vaut que par l'extraction. Son véritable propriétaire ne serait-il pas celui qui l'exploite? Cela posé, il ne resterait qu'à trouver l'ouvrier. L'opération coûtera beaucoup et aura ses dangers ; il faudra des capitaux et de l'expérience : double garantie à obtenir. Une fois obtenue, le droit se fixera sur la tête de qui l'aura fournie. A quel titre? A titre incommutable, et non à titre précaire. L'intérêt privé ne se résoudrait pas à de si énormes dépenses et à de si longs travaux, pour un bien temporaire qui devrait lui échapper tôt ou tard. Le concessionnaire est donc propriétaire dans toute l'acception du mot, et, à la différence de la loi du 12 juillet 1791, qui n'accordait que le droit d'exploiter, celle de 1810 accorde la

propriété perpétuelle, disponible, transmissible, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés.

Le texte porte : « L'acte de concession donne la propriété, » seule garantie que l'on ait trouvée au système nouveau, mais qui n'en est pas moins vicieuse et contre laquelle il faut se prémunir. On ne donne que ce que l'on a; l'autorité de laquelle émane la concession, le conseil d'État, n'a jamais eu la propriété de la mine, et, eût-elle appartenu à l'État, ce qui n'est pas plus vrai, elle n'eût pu encore être aliénée que par une loi. Ici comme ailleurs, le principe du droit est encore dans la nature, laquelle, en créant les substances minérales et fossiles, a fait à ses règles ordinaires une exception, qui passe de l'ordre physique dans l'ordre légal; à la vérité, elle les a placées à part dans le domaine utile, mais c'est elle qui les y a placées. Le législateur, en adaptant à cette espèce de biens un mode d'appropriation, n'a déféré à l'autorité administrative que le choix de la personne, qui a des preuves à faire et un préalable à remplir : l'acte de concession n'est que l'instrument; il ne donne pas la propriété, il la déclare.

C'est ainsi qu'à notre sens la loi positive peut poser les limites de la propriété, et la régir ou la restreindre sans la violer. Notre droit public sort honorablement de cette épreuve difficile ; tout préjugé national à part, à cela près de quelques exceptions qui ne sont pas irréparables, le droit public d'aucune autre nation civilisée ne porte aussi loin le respect de la propriété, ni ne la touche avec autant de pudeur.

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA DIVISION DES POUVOIRS.

Voilà donc la liberté; la voilà avec les éléments qui la constituent, l'égalité civile, la sûreté des personnes, la liberté de conscience, la liberté de la presse, la propriété des biens. Une seule chose lui manque, mais une chose essentielle, la garantie; c'est elle que nous allons chercher.

La garantie est l'essence même du régime constitutionnel; ôtez-la, il ne reste que des déclarations et des promesses. Sa nature est telle, qu'il faut qu'elle sorte des idées pour entrer dans les faits, et que, de maxime, elle devienne institution; si elle n'est efficace, elle n'est point. Aussi n'admettons-nous pas cette définition de Montesquieu : « La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté (1). » La liberté n'est pas une opinion, il ne suffit pas de nous persuader que nous sommes libres; c'est une chose très-réelle, et indépendante des illusions que l'on nous fait ou que nous nous faisons à nous-mêmes. Nous pouvons être, ou mécontents sous une institution vraiment libérale, ou crédules sous une institution qui ne l'est pas, sans que l'état de notre esprit change en rien la réalité. Si, entre les deux erreurs, ce n'est pas par l'excès de confiance que nous péchons, l'histoire se charge de nous justifier.

(1) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI; liv. XII, chap. Ier et II.

La garantie ne s'obtient qu'en substituant l'impossibilité de mal faire à la simple prohibition. Aussi la Charte ne se borne pas à montrer le fruit défendu, en recommandant de n'y pas toucher; elle l'ôte de notre portée. C'est proprement la division des pouvoirs, qui doit être telle que chaque fonction du gouvernement s'accomplisse, sans que la liberté coure le risque d'en être atteinte; en d'autres termes, que chaque pouvoir opère sans qu'un seul des droits garantis soit accessible pour lui.

Le régime constitutionnel a ses sceptiques et ses esprits forts, même chez les amis de la liberté. Il en est qui nient la division des pouvoirs (1), parce qu'ils la prennent pour cet équilibre idéal auquel on a cru autrefois; en quoi ils confondent deux choses très-distinctes, la Charte et cette constitution de 91, qui avait imaginé d'appliquer la géométrie à la politique. La Charte tient moins à la pondération intellectuelle des pouvoirs qu'à leur division positive; elle ne pèse pas leur nature abstraite; elle fait la part de chacun, avec défense de rien prendre à celle qu'elle fait aux autres; ce n'est pas une balance qu'elle tient, c'est une barrière qu'elle élève : aucun pouvoir n'est condamné d'avance à faire exactement contre-poids aux autres, d'après une théorie préconçue; sa tâche constitutionnelle est de se renfermer dans le cercle que lui a tracé une sagesse fondée sur l'expérience. La preuve de cette différence, c'est que la Charte, en mettant dans le pouvoir exécutif une dose de pouvoir législatif, s'est permis un mélange que s'est interdit la théorie pure de 91. Si la division des pouvoirs ainsi entendue est une chimère, il n'y a donc de réel que la dictature; et les Anglais depuis des siècles, les Français depuis soixante ans, sont des tourbes d'insensés qui s'épuisent à saisir une ombre. Ils n'ont prodigué tant de génie, d'héroïsme et de crimes que pour la conquête du vide; et le genre humain est condamné sans rémission au despotisme. *Le pouvoir*, dit-on, *n'est pas divisible; il est comme la volonté, il est un, ou il n'est pas.* Pur sophisme, qui, d'une question toute politique, fait une question métaphysique; ce qu'il s'agit de diviser, ce n'est ni la volonté ni le pouvoir pour chaque

(1) M. de Lamartine, *Histoire des Girondins*, t. Ier; M. Louis Blanc, *Histoire de la Révolution française*, t. Ier.

acte qui se présente; relativement à cet acte, sans doute il est contradictoire de vouloir et de ne vouloir pas, de pouvoir et de ne pouvoir pas, ou de ne pouvoir et de ne vouloir qu'à demi; mais ce qui est très-divisible, c'est l'immense tâche du gouvernement d'un grand peuple; ce qui est très-possible, c'est la répartition dans des mains diverses des parties qui la composent, bien entendu que, pour chacune d'elles déterminément, l'intégrité de la volonté et du pouvoir subsistera. Est-il donc plus difficile de croire à la division du pouvoir qu'à la distribution du travail? *S'il y a deux chambres,* ajoute t-on, *le pouvoir est dans l'une des deux; l'autre suit ou est dissoute. S'il y a une chambre et un roi, il est au roi ou à la chambre; au roi, s'il subjugue l'assemblée par la force, ou s'il l'achète par la corruption; à la chambre, si elle agite l'esprit public et intimide la cour et l'armée par l'influence de la parole et par la supériorité de l'opinion.* C'est-à-dire qu'il faut conclure du particulier au général, d'une mauvaise pondération des pouvoirs contre le principe de leur délimitation, et de la constitution de 1791 contre toutes les constitutions imaginables.

Revenons à notre régime et croyons à sa réalité : *personne n'y peut tout;* c'est son principe fondamental. D'après une expérience qui date du commencement du monde, dès qu'il s'agit pour la volonté humaine de dominer, elle tente tout ce qu'elle peut.

Ne pas pouvoir : qu'on veuille bien s'arrêter à ces mots, et les peser. Le monde n'en sait pas assez le vrai sens; les hommes d'État semblent ne pas s'en douter, ou ne s'en doutent que pour s'en jouer ; les jurisconsultes seuls le savent bien, et le professent. Je ne sache rien en droit civil de plus beau que l'assimilation des choses illégales aux choses impossibles; c'est une fiction touchante de regarder ce que la loi défend comme étant hors de nos facultés. L'honneur en remonte à la loi romaine : *Nam facta quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse, credendum est.* Être contraire aux bonnes mœurs, ou prohibé par la loi, ou impossible, ce sont des synonymes dans l'article 1172 du code civil; et un des nombreux

adages dont le prince des jurisconsultes du XVIe siècle, Dumoulin, a peuplé notre langue juridique, dit que l'incapacité légale ôte non-seulement le droit, mais jusqu'à la faculté du fait; il attache cette propriété merveilleuse d'une barrière infranchissable à une simple particule négative, placée devant un verbe : *Negativa, præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti.* Même hors du droit civil, cette assimilation de l'incapacité à l'impuissance n'est pas toujours restée, dans les livres, à l'état de précepte : le vicomte d'Orte, gouverneur de Bayonne, recevant de Charles IX l'ordre d'assassiner les huguenots, ne s'est pas autrement inspiré pour modifier le plus rigoureux des devoirs, celui de l'obéissance militaire : *Nous supplions Votre Majesté d'employer nos bras et nos vies à choses faisables.* Mot sublime, dont on ne peut plus séparer la réflexion de Montesquieu : *Ce grand et généreux courage regardait une lâcheté comme une chose impossible.*

C'est cette manière d'entendre les mots *ne pas pouvoir;* c'est la traduction qu'en ont faite presque dans les mêmes termes le jurisconsulte et le soldat; c'est cette vertueuse impuissance de l'honnête homme à l'approche d'une chose défendue, que la Charte fait passer du droit civil dans le droit constitutionnel, et ce n'est pas le seul emprunt que celui-ci doive au premier. Plus ces emprunts se multiplieront, mieux il vaudra. La justice, grâce à la possibilité d'une sanction régulière, s'est depuis longtemps établie dans le droit civil; purifions par ce contact le régime de la Charte; et, quoique sa sanction soit moins parfaite, que la doctrine conspire au moins avec la raison publique pour le pénétrer de cet esprit. Son salut, qui est le nôtre, tient à cette pieuse communication. Que si quelque sceptique refuse de croire à l'introduction de la morale dans le droit public, ce vieux domaine de la ruse et de la force, qu'il ferme ici le livre : le reste n'est que le développement de ce qu'il nie; nous n'avons pas de règles pour ceux qui n'en reconnaissent pas. Qu'ils travaillent, si elle existe, à la science des voies de fait et des coups d'État; qu'ils habitent cette région des orages; si les révolutions violentes immolent trop souvent le droit, souvent aussi elles le vengent, et elles ont, pour suppléer à une

sanction régulière, une sanction quelquefois plus terrible.

Si personne ne peut tout sous la Charte, c'est donc que chacun a, dans sa sphère, un certain pouvoir, jusques et non compris celui d'en sortir : c'est la garantie organisée.

La Charte ne contient pas l'exposition doctrinale de la division des pouvoirs ; elle crée seulement les institutions entre lesquelles ils se partagent. Elle n'enseigne pas le principe du gouvernement, elle se borne à en donner la forme ; ce qui ne dispense pas d'étudier celui-là pour comprendre celle-ci.

Cette seconde partie aura donc deux titres :

Le premier traitera des pouvoirs en eux-mêmes, de leur répartition, de leurs limites, et surtout de leurs empiétements réciproques. Ainsi considéré, abstraction faite de la forme politique, le partage des pouvoirs est un principe commun à tous les gouvernements libres, monarchiques, aristocratiques ou démocratiques.

Le second titre traitera des formes du gouvernement du roi ; ici, nous quittons la théorie abstraite de la division des pouvoirs, et nous examinons comment s'y prête la forme monarchique, en y comprenant le prince, les deux chambres, les ministres, personnes politiques instituées par la Charte, et tenant la vie des pouvoirs qu'elle leur départit. Cette application des principes généraux à la monarchie constitue son alliance avec la liberté.

Digitized by Google

TITRE PREMIER.

DES POUVOIRS, DE LEURS FONCTIONS, DE LEURS LIMITES, DE LEURS EXCÈS.

La Charte sort d'une crise sociale, portant dans son sein une déclaration des droits et une organisation politique.

Le gouvernement une fois constitué,

La loi dispose, c'est le pouvoir législatif.

L'ordonnance donne l'impulsion aux agents, c'est le pouvoir exécutif.

Dans le domaine de l'exécution,

Des fonctionnaires de toute sorte pourvoient à chacun de ses nombreux détails, c'est le pouvoir administratif.

Les tribunaux statuent dans certains cas et d'une certaine manière, c'est le pouvoir judiciaire.

La France est le seul pays du monde, et 1789 la seule époque de l'histoire où la filiation des pouvoirs ait eu à la fois son enseignement philosophique et son image visible; la Constituante engendrant la Législative, et la Législative un gouvernement, offrent, dès le début, la théorie en action; elle y était à la fois spéculative et vivante.

Si le gouvernement tout entier est dans le respect de chaque pouvoir pour sa limite, la transgression de cette limite est donc le plus grand péril qu'il ait à conjurer. Aussi n'en est-il pas

Digitized by Google

contre lequel il se prémunisse avec plus de soin, que l'excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir était rare sous l'ancien régime; la notion en était confuse dans les esprits; de la part d'un prince absolu, il ne se concevait pas; et si les publicistes, si les organes les plus accrédités du ministère public, le Bret et les avocats généraux Gilbert des Voisins et Joly de Fleury, en parlent, c'est seulement des cours souveraines au roi, et dans le point de vue de la cassation; encore, dans les doctrines parlementaires, les cours refusaient-elles presque toujours de le reconnaître où le voyait le prince. Il n'était pas facile à discerner sous un régime où le conseil du roi avait des attributions judiciaires et administratives, où les parlements en avaient d'administratives et de judiciaires, auxquelles ils ajoutaient des prétentions législatives.

La notion en devint plus distincte quand les pouvoirs se séparèrent en 1789. Mais on ne l'aperçut d'abord qu'aux degrés inférieurs de l'échelle, dans les rapports de l'administration et des tribunaux avec le pouvoir législatif, dans ceux de l'administration et des tribunaux entre eux; l'idée en était plus judiciaire que politique. Elle resta la même dans la loi du 27 ventôse an VIII, qui chargea la cour de cassation de le réprimer, et les jurisconsultes eurent quelque peine à le distinguer de l'incompétence. Le code pénal de 1810 en fit un crime de forfaiture; mais sa sévérité ne s'éleva point au-dessus de l'administrateur et du juge. A cette époque, où, depuis déjà quatre ans, les empiétements du décret impérial sur la loi se multipliaient de jour en jour, les hauts pouvoirs de l'État n'eussent pas entendu dire sans étonnement que la chose défendue était impossible. Pour que la notion de l'excès de pouvoir pénétrât dans la région politique et y devînt une chose sérieuse et redoutable, il fallait la révolution de 1830; elle en a fait un crime de haute trahison, qui perd les ministères et précipite les trônes.

Aujourd'hui l'excès de pouvoir ne se tient plus terre à terre dans l'humble région où l'on risque de le confondre avec l'incompétence. Il a désormais son nom et sa nature propres et non contestés. Il se trouve à tous les degrés de la hiérarchie, avec

une sanction plus ou moins terrible, mais abaissant également toutes les têtes sous le niveau d'un principe, encore emprunté au droit civil : *il n'y a pas de plus grand défaut que le défaut de pouvoir*. Ainsi, il prend d'autant plus de netteté et d'importance que nous avançons davantage dans la voie constitutionnelle, et les progrès de sa théorie sont ceux même de la liberté.

On peut le concevoir en remontant l'échelle :

Du pouvoir législatif au constituant,

Du pouvoir exécutif au pouvoir législatif,

Des pouvoirs administratif et judiciaire aux trois pouvoirs supérieurs, et de chacun d'eux à l'autre.

L'empiétement du juge et de l'administrateur sur la loi et la constitution est à peu près impossible; je le crois sans exemple. Celui de l'administrateur sur le juge, et réciproquement, n'a jamais lieu de propos délibéré, et avec l'intention de s'emparer d'une autorité rivale; il provient presque toujours de l'indécision des limites, et de la difficulté réelle de les reconnaître. Les menaces de la loi pénale ont pu avoir leur utilité dans les premiers temps de la séparation des pouvoirs, lorsqu'il était naturel de craindre chez chacun d'eux le regret de ce qu'il venait de perdre et l'ambition de le ressaisir; mais ces anciennes rivalités se sont évanouies; chaque pouvoir n'a que l'esprit de son institution ; il n'y a que des questions de limites à résoudre ; encore le nombre en diminue-t-il, et la jurisprudence de la cour de cassation y suffit. Cependant la loi n'a de sanction formelle contre l'excès de pouvoir qu'où il ne se montre plus, et se tait où il est le plus à craindre.

Ce qui est vrai, en remontant l'échelle, quand il s'agit d'empiétement sur un pouvoir supérieur, l'est aussi en la descendant ; il y a excès de pouvoir de haut en bas, comme de bas en haut. Les pouvoirs supérieurs ne sont supérieurs que par le degré qu'ils occupent ; ils ne le sont pas comme ayant engendré les pouvoirs inférieurs; ils surveillent ceux-ci, contrôlent leurs actes, les réforment, les annulent; mais ils les laissent dans leurs districts respectifs; ils n'en disposent pas et ne se substituent pas à eux. Il y a hiérarchie, mais séparation nécessaire. Supérieurs ou inférieurs, les pouvoirs ne dérivent pas les uns des

autres; ils n'ont leur source que dans la Charte de laquelle ils procèdent directement; c'est par cette raison qu'on les appelle *pouvoirs constitués*. Celui auquel est attribuée la part la plus grande est exclu de la plus petite, et ne peut la rappeler à lui, puisque ce n'est pas de lui qu'elle sort. Il ne faut donc pas dire en cette matière: Qui peut le plus peut le moins: car, ici, le moins n'est pas contenu dans le plus. Si le pouvoir supérieur était le maître d'absorber l'inférieur, il ferait disparaître la division, il confondrait tout en lui-même, et le gouvernement changerait. Le gouvernement changerait, si le législateur s'emparait de la prérogative royale, s'il faisait les traités de paix, d'alliance ou de commerce, s'il commandait les armées, ou s'appropriait l'exécution des lois; le gouvernement changerait, si le prince rendait la justice, et même s'il s'ingérait directement dans l'administration proprement dite; il changerait, si le prince faisait l'office du ministre, le ministre celui du préfet, le préfet celui du sous-préfet, le sous-préfet celui du maire; il changerait, si le conseil d'État se mettait à la place des conseils de préfecture, si la chambre des députés s'emparait des attributions départementales, et les conseils généraux des attributions municipales.

Ils sont donc bien fondés ces scrupules du législateur, qui, en s'occupant de la rédaction d'une loi, refuse d'y insérer des détails administratifs. Cet empiétement n'aurait pas seulement pour conséquence un excès de pouvoir en théorie, mais un dommage très-réel dans l'exécution. M. Vivien (1) a judicieusement remarqué que la constitution et la loi portant partout avec elles leur caractère fixe et universel, les éminentes qualités de leur nature deviendraient nuisibles dans la partie accidentelle et variable du gouvernement; la loi entravée par la constitution, l'administration entravée par la loi, perdraient la faculté de se mouvoir selon les besoins du temps, des lieux, des circonstances. Toutefois cette observation n'est point absolue; il y a des cas où le mode d'exécution important à la bonne application du principe, le législateur se permet de le régler; nous indiquerons plus tard ces exceptions.

(1) *Études administratives*, p. 6 et suiv.

Quand la loi se fait séparément et par avance, elle s'abstrait des intérêts particuliers; son auteur y met, le peuple y voit l'expression du juste; le magistrat, uniquement chargé de son application, n'en est que l'organe; ces deux éléments se conservent purs par leur séparation même. Mais dès qu'ils se confondent, ils s'altèrent; la loi, conçue par celui qui l'applique, se fait avec acception des choses et des personnes dont on l'approche; celui qui la conçoit et l'applique est le maître des unes et des autres.

Le résultat est le même, quand c'est le pouvoir exécutif qui s'empare du pouvoir judiciaire. Le prince est la source de l'action publique, ses agents représentent l'État et le fisc; il y a peu de procès où il n'ait un intérêt ou au moins une prédilection; il est à la fois juge et partie. Aussi la Charte fait-elle du pouvoir judiciaire un pouvoir neutre; le juge est institué par le prince, et n'est cependant pas son agent; car la délégation qu'il en a reçue n'est pas révocable. Il n'est pas responsable de la même manière que les agents du pouvoir exécutif; ses erreurs ne se corrigent, ses délits ne se répriment que par un autre juge.

Voilà pourquoi le pouvoir hiérarchiquement supérieur qui rendrait un jugement *n'abuserait* pas seulement, mais *usurperait;* la garantie disparaîtrait à l'instant même. Rien ne caractérise la condition de l'homme moderne, ni ne prouve à quel point il est distinct de l'État, aussi bien que cette nécessité de lui créer, pour garantir la propriété de ses biens et la sûreté de sa personne, un sacerdoce à part, indépendant de toutes les puissances humaines.

Ces principes généraux une fois posés, parcourons les divers degrés de l'échelle; nous allons y rencontrer de dignes objets de nos méditations. La division des pouvoirs est de droit strict; quelquefois la nuance qui les distingue paraîtra légère, mais elle est toujours décisive; c'est le détroit de la Sicile, au bord duquel Verrès plantait la croix où il attachait les citoyens romains, afin sans doute, dit Cicéron dans son admirable épisode de Gavius, que le patient pût, du haut de sa croix, mesurer l'étroit intervalle qui sépare la liberté de l'esclavage.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR CONSTITUANT.

Quand le pouvoir constituant a rempli sa fonction, c'est-à-dire quand il a proclamé les droits à garantir, et qu'il en a organisé la garantie, que devient-il? Rentre-t-il dans le néant? Ou, s'il vit encore, dans quel état? Est-ce à l'état inerte, comme abstraction et attendant l'occasion d'en sortir? Est-ce à l'état actif, dans un pouvoir de sa création, et doué par lui de volonté et de facultés? Dans ce dernier cas, lequel de nos pouvoirs constitués l'aurait ainsi absorbé en lui? On sent que la question ne peut se faire du pouvoir exécutif, auquel la Charte interdit formellement de suspendre les lois ou de dispenser de leur exécution; elle ne peut donc se faire que du pouvoir législatif.

Mais, ainsi réduite, cette grave question ne peut encore s'aborder sans préambule.

Quand on observe dans les histoires de France et d'Angleterre la manière dont une grande monarchie peut se donner une constitution libérale, on croit en reconnaître deux.

Ou l'on attend de chaque époque qu'elle manifeste son besoin et qu'elle produise son idée, et l'époque répond à cette attente; à mesure que la civilisation s'avance, les institutions viennent se placer à sa suite; il se fait, par le seul empire des circonstances, une juxtaposition de principes : c'est la méthode expérimentale;

Ou des causes puissantes ont empêché cette juxtaposition spontanée; lorsque, vaincue par une crise sociale, ces causes ont enfin cessé d'agir, on s'assemble, on délibère, on promulgue une constitution : c'est la méthode rationnelle.

La méthode expérimentale a été celle de l'Angleterre; la méthode rationnelle celle de la France. Laquelle vaut le mieux? La première était la seule possible en Angleterre; la seconde, la seule possible en France. La question de leur prééminence est donc oiseuse; car aucun des deux pays n'a eu le choix

Digitized by Google

entre elles; mais il importe de constater la différence essentielle qui les distingue.

La méthode expérimentale ou anglaise a été successive; des statuts se sont ajoutés à des statuts, selon la conjoncture, au jour le jour, pendant cinq siècles, depuis Jean sans Terre jusqu'à Guillaume. Les précédents de toute nature sont sortis de la même source et en sont sortis confusément, sans plan, sans théorie, sans système; le parlement, la seule autorité qui veillât aux besoins sociaux, les enregistrait comme ils se manifestaient, sans qu'il y eût d'autre ordre possible que l'ordre chronologique. Tout procédait du parlement, et le parlement ne procédait de rien. Quand les Anglais ont proclamé son omnipotence, ils ont fait un principe de la nécessité et traduit leur histoire en axiome.

La méthode rationnelle ou française a été simultanée et devait l'être; notre nation avait vieilli et s'était civilisée sous le pouvoir absolu; éclairée et mécontente, elle est ainsi arrivée à la crise; et, le moment venu, elle a enfanté à la fois un corps entier de lois constitutionnelles qu'elle portait dans son sein depuis des siècles; à la date précise du 4 août 1789, un changement à vue a fait succéder une nouvelle monarchie à l'ancienne.

En Angleterre, l'instinct; en France, la raison; là, un empirisme presque toujours heureux; ici, une philosophie généreuse et sans expérience : là, le chaos se débrouillant lui-même; ici, une cosmogonie régulière, où l'on voit clairement d'un côté le créateur et de l'autre la création.

Il ne faut donc pas s'étonner si, la première constitution ayant son origine dans l'empirisme, et l'esprit d'analyse, de critique et de système ayant au contraire présidé à la seconde, il a été donné à celle-ci d'apercevoir ce qui est resté caché à celle-là, la distinction des deux pouvoirs constituant et législatif, et la génération de l'un par l'autre. Aussi voyez comme notre révolution se développe, et avec quelle régularité méthodique elle procède dans son premier et son plus beau moment : c'est d'abord une assemblée qui s'appelle constituante; elle va laisser après elle une autre assemblée qui s'appellera

législative, et avec laquelle elle s'applique à éviter tout mélange, au point d'exagérer ses scrupules en interdisant la réélection de ses membres. Dès le commencement de ses travaux, une question se présente : la féodalité vient d'être abolie; il faut porter au roi les articles rédigés dans la nuit du 4 août; mais que va-t-on lui demander? Sa sanction, s'ils sont législatifs; la simple promulgation, s'ils sont constitutifs. Un débat s'engage; Maury et Lally-Tolendal soutiennent qu'ils sont législatifs, et opinent pour la sanction; Mirabeau soutient qu'abolissant le régime féodal, ils sont *éminemment constitutifs*, et cela, dit M. Thiers (1), avec une rare justesse. Les articles sont portés à Louis XVI, qui promulgue et ne sanctionne pas. Plus tard, cette distinction se reproduit dans tous les travaux de l'assemblée; elle s'y reproduit comme un principe unanimement reconnu, encore bien que les avis se partagent sur son application; et par exemple, on le retrouve dans l'article 1er de la loi organique du 24 août 1790 sur l'arbitrage, quoique le caractère constitutionnel de l'arbitrage puisse se révoquer en doute.

Ainsi, à ne consulter que les faits, la constitution anglaise est l'œuvre de son parlement, et le parlement français est l'œuvre de sa constitution. Les deux situations sont précisément inverses. De bons esprits n'en ont pas moins conclu de l'une à l'autre, et décidé que l'Angleterre s'étant passée de la distinction des deux pouvoirs, la France, en s'en préoccupant, *se repaît d'une chimère.*

Mais là n'est pas la question tout entière : il faut poursuivre.

Chez nous, le pouvoir constituant ne s'est pas borné à maintenir sa séparation d'avec le pouvoir législatif, pendant la durée de ses travaux; il est allé plus loin; il a pris souci de ce que deviendrait son œuvre après l'achèvement de sa tâche, et il a voulu se survivre dans une institution positive. La constitution

(1) *Histoire de la Révolution*, t. Ier, p. 154 de l'édition de 1828. Nous sommes heureux de rappeler ici cette opinion de M. Thiers, afin qu'on n'abuse pas de celle qu'il a exprimée en 1842 sur la loi de régence. Les deux opinions peuvent très-bien se concilier, selon nous.

de 91 transforme le corps législatif en une assemblée de révision qui, lorsque trois législatures consécutives auront émis un vœu uniforme pour le changement de quelque article constitutionnel, s'en occupera, moyennant l'adjonction de deux cent quarante-neuf nouveaux membres. La constitution de l'an III adopte le même principe et ne change que les détails d'exécution. C'est, selon nous, une idée fausse dans un acte constitutionnel, de s'occuper par avance de sa propre révision, de régulariser dans l'avenir les cas fortuits et les forces majeures, et de soumettre à des formes et à des délais déterminés ce qui est accidentel et quelquefois violent. Il y a aujourd'hui chez nous une réprobation unanime de ces pouvoirs à la fois organisés et organisateurs, pouvoirs toujours debout, pouvoirs inutiles s'ils sont inertes, redoutables s'ils sont actifs, et dont la main pleine de tempêtes est incessamment ouverte sur les pouvoirs constitués. Ils étaient déjà discrédités, lorsqu'en l'an VIII l'abbé Sieyès combina si savamment la constitution consulaire; il crut résoudre le problème, en substituant à l'idée de *reviser* celle de *maintenir*, et il introduisit dans son œuvre ce sénat, que, par antiphrase sans doute, il appela conservateur. Ce corps, qui pendant quinze ans a laissé violer sous ses yeux le dépôt confié à sa garde, et dont l'inertie, par un malheur de plus pour sa mémoire, sert aujourd'hui de sanction aux usurpations qu'il était chargé de prévenir, est tombé dans un discrédit plus profond peut-être que l'assemblée de révision de 91 et de l'an III. Qu'ils y restent tous ! personne ne songe à les en relever.

Maintenant la question, dégagée de ses préjugés historiques, peut s'aborder directement.

La Charte se tait sur le mode de révision. Si l'on se bornait à en conclure qu'elle n'adopte ni l'organisation de 91 et de l'an III, ni le prétendu remède de l'an VIII, il n'y aurait point de difficulté; mais on en tire une conclusion contre la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, c'est-à-dire contre le pouvoir constituant lui-même; car on ne peut le concevoir que séparément; et l'abaisser jusqu'au pouvoir qu'il a créé, pour l'identifier avec lui, c'est l'annuler. Or, comme on ne voit rien de plus élevé dans l'organisation constitutionnelle que le

pouvoir législatif, c'est à lui que l'on remet le droit de révision.

Mais on ne s'aperçoit pas qu'on retombe dans l'inconvénient dont on veut sortir. Si, pour fuir les assemblées de révision, on fait l'offrande de leur attribution au pouvoir législatif, on ressuscite l'institution sous un autre nom et à une autre place; on aura toujours une assemblée de révision, et on l'aura plus vicieuse. Car telle que l'avaient faite ces premières constitutions, elle était assujettie à des conditions, des formalités, des délais, des épreuves ; elle ne pouvait donner signe de vie qu'à de longs intervalles, au lieu que dans nos chambres législatives elle ajouterait, à l'inconvénient des sessions annuelles, les périls d'une initiative journalière pendant chaque session. La Charte serait en danger de mort six mois par an. L'inconséquence est évidente.

Sous un régime qui place la garantie des droits dans la division des pouvoirs, c'est une étrange entreprise de réunir dans la même main celui qui constitue l'État et celui qui le régit par des lois. L'entreprise est telle qu'il est permis de douter qu'on ait conscience de tout le mal qu'elle renferme. La réunion une fois consommée, que reste-t-il de la division des pouvoirs? Que refuser à celui qui dispose des deux pouvoirs? Qu'a-t-il à se refuser à lui-même? Lequel de nos droits n'est pas à sa merci? Que devient la garantie? Ne voit-on pas qu'on déplace l'omnipotence au lieu de la détruire, et qu'il n'est plus vrai de dire que personne ne peut tout? On allègue la nécessité de pourvoir aux besoins sociaux; mais ce que l'on dit à ce sujet du pouvoir législatif, on l'a dit sous la restauration du prince, et nous avons eu les ordonnances de juillet; on l'avait dit sous la république d'une assemblée populaire, et nous avons eu la Convention; on pourrait le dire d'un sénat sous l'aristocratie, et, sous toutes les formes de gouvernement, de tous les pouvoirs que l'on voudrait rendre absolus. La thèse est la même.

Le plus grand mal qu'on puisse faire à une société telle que la nôtre, c'est de lui ôter l'idée d'une règle suprême, inviolable, placée au-dessus du mouvement journalier des affaires, ayant quelque chose, sinon d'éternel (il n'y a rien de tel dans les ouvrages de l'homme), au moins de fixe et de stable, autant qu'il leur est donné de l'être, et à laquelle on ne saurait toucher sans

faire trembler le sol. L'ancien régime en sentait le besoin; il avait la prétention, bien ou mal justifiée, d'avoir des lois fondamentales, que le roi, disait-on, était dans *l'heureuse impuissance* de changer; c'est l'expression de Louis XV dans le préambule de ses édits de juillet 1714 et de février 1771. On retrouve avec intérêt, dans les publicistes de la monarchie absolue, dans Brillon, p. 147, dans le compte que rend le président Duvair d'un lit de justice tenu par Louis XIII, la distinction que faisaient nos pères entre *les lois du royaume* et *les lois du roi :* les premières, fondamentales et analogues à nos lois constituantes; les secondes, subordonnées et muables, répondant à nos lois ordinaires. L'Angleterre elle-même, dont l'exemple mal compris nous égare, l'Angleterre a, dans son respect superstitieux pour ses précédents, un préservatif contre la promiscuité des pouvoirs constituant et législatif, et se procure, par la gravité de ses mœurs, une stabilité que nous n'obtiendrions pas des nôtres, sans le secours d'une règle précise. Nous sommes une nation vive et inquiète, à laquelle les révolutions ont donné l'habitude du changement; nous savons de quelle façon expéditive on dépêche chez nous un coup d'État, et la mobilité de nos lois en a diminué dans nos esprits l'autorité morale. L'instinct national, plus sûr que notre science, plus sage que nos docteurs, fait à merveille la différence de la Charte à la loi; il y voit une sorte de loi magistrale, la loi par excellence, la loi fondamentale, la loi des lois. Ces appellations sont entrées dans son langage. Quand on nous a dit, en 1830, que la Charte serait désormais une vérité, nous avons pris ce mot au sérieux; et ce mot n'a si bien répondu à notre premier besoin que parce qu'il nous a promis dans la Charte ce que nous n'avions pas toujours trouvé dans la loi. Elle n'était pour nous une vérité que de cette manière. Si on nous apprenait aujourd'hui que la Charte ne diffère en rien d'une loi ordinaire, qu'elle est exposée aux mêmes chances et aux mêmes procédés d'abrogation, qu'on peut la modifier, mutiler, rapporter dans un moment d'enthousiasme ou de réaction, sous la forme d'un amendement, ou par assis et levé, sachons-le bien, cette révolution dans les idées serait toute une catastrophe.

Digitized by Google

On jugera cette récente et funeste tendance de la doctrine, au procédé logique dont elle sort : parce que tout le monde s'accorde à rejeter la personnification permanente du pouvoir constituant, elle nie le pouvoir constituant même, elle le nie comme droit inhérent à la nation. C'est une réaction évidente contre les idées de 91, et qui, comme toutes les réactions, est excessive; elle se jette brusquement du culte de l'image dans la négation du principe, et de l'idolâtrie dans le scepticisme. La justesse de cette observation se reconnaîtra à deux symptômes: d'abord à la nature des autorités dont elle se prévaut, ensuite à la manière dont elle entend la Charte.

Elle cite les grands noms de la science, Portalis, le duc de Broglie. Mais à laquelle des deux choses que nous venons de distinguer font-ils allusion? N'est-ce qu'à la représentation vivante du pouvoir constituant, ou est-ce à son principe abstrait, utile seulement par sa force d'inertie, et refrénant l'humeur envahissante de tout pouvoir constitué? A la première, évidemment. Il suffit de lire : « On parle du pouvoir constituant, dit Portalis, comme s'il était toujours présent... » Ce qui désigne, à ne pas s'y méprendre, l'image extérieure qu'on en avait faite en 91, en l'an III et en l'an VIII. Il poursuit : « Quand la constitution d'un peuple est établie, le pouvoir constituant disparaît... » Donc il ne passe pas au pouvoir législatif, et Portalis ajoute cette belle pensée : « C'est la parole du Créateur qui commande une fois, pour gouverner toujours; c'est sa main puissante qui se repose, pour laisser agir les causes secondes, après avoir donné le mouvement et la vie à tout ce qui existe.» A merveille; mais Portalis dit-il que les causes secondes peuvent se substituer à la cause première, et agir à sa place? détrôner Dieu pour faire régner la nature? C'est là ce qu'il faudrait montrer dans ce passage, pour que la réaction s'en autorisât. Le duc de Broglie demande à son tour : « Qu'est-ce à dire? Est-ce qu'il existe en France deux gouvernements, l'un manifeste et l'autre occulte? » En aucune façon; le pouvoir constituant est si peu un gouvernement occulte, qu'il n'est même pas un gouvernement; il n'y a de gouvernement que celui qu'il a créé; il est clair que ce n'est pas de lui qu'on parle. Toutes ces

opinions ont été conçues dans la préoccupation des idées de 91 ; elles portent bien moins sur le pouvoir constituant considéré comme limite, comme *veto*, comme remplissant l'office du dieu Terme, que sur le système comdamné de tout le monde, qui a la prétention de le réaliser au dehors, et de donner un corps à cette âme, avec toutes les passions d'un corps politique.

On affirme que la Charte ne reconnaît pas la distinction des deux pouvoirs, par la raison unique qu'elle ne détermine pas de mode de révision. Examinons :

Avant tout, qu'il soit bien entendu qu'il ne s'agit pas d'une distinction expresse, énoncée dans la forme doctrinale; une distinction de cette espèce n'est pas dans la Charte, et ne doit pas y être. Mais il suffit d'une distinction virtuelle et nécessairement sous-entendue, si c'est assez d'y montrer dans maint article deux parties évidemment distinctes, dont l'une commande, et ne peut être que le pouvoir constituant, dont l'autre, subordonnée et obéissante, ne peut être que le pouvoir législatif; s'il faut, disons-nous, que ce soit lui, et non pas un autre, sous peine de ne comprendre désormais ni notre histoire, ni notre législation, ni la Charte, il sera permis de croire qu'on ne l'a pas bien entendue. Consultons-en quelques textes.

L'article 7 reconnaît aux Français le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, et ajoute : *La censure ne pourra jamais être rétablie.* La censure ne pourra jamais être rétablie! Qu'est-ce à dire? A qui s'adresse cette défense? Qui oblige-t-elle? Rappelons-nous que la censure a été établie par des lois; par celles du 21 octobre 1814, du 31 mars 1820, du 26 juillet 1821, par celle du 17 mars 1822, qui l'a rendue facultative; et maintenant qu'on se demande à qui la Charte peut défendre de rétablir la censure, si ce n'est au pouvoir qui l'a quatre fois établie. Si cependant la faculté constituante est infuse dans le pouvoir législatif, la loi peut rétablir la censure, en dépit de toutes les défenses; car personne n'est lié, et nous prions qu'on nous dise ce que signifie l'article 7.

Autre exemple : « Article 61. La dette publique *est garantie.* Toute espèce d'engagement pris par l'État avec ses créanciers *est inviolable.* » Quoi donc! cette déclaration était-elle néces-

saire? Fallait-il un article de la constitution pour nous apprendre que l'État doit payer ses dettes? Contre qui cette précaution est-elle prise? Hélas! contre la loi. C'est une loi du 9 vendémiaire an IV, qui a remboursé les deux tiers de la dette en bons au porteur, payables on sait comment : c'est elle qui a rendu la déclaration nécessaire. Pour que l'art. 61 ait un sens, il faut supposer deux personnes, dont l'une dise à l'autre : *Vous avez failli en déliant l'État de sa dette; je vous ôte la faculté de le délier à l'avenir*. De ces deux personnes n'en faites qu'une, qui sera le pouvoir législatif, et voici le langage qu'il faudra tenir au rentier : *La loi vous a fait banqueroute des deux tiers ; voici la Charte qui, pour vous rassurer sur l'avenir, garantit le reste de votre créance, et le déclare inviolable. Croyez-vous qu'en cela votre condition soit meilleure, et que vos droits aient une garantie plus haute? Détrompez-vous ; la Charte n'est autre chose que la loi ; la garantie est encore à la discrétion de ceux qui l'ont retirée ; l'engagement inviolable n'est pas sorti des mains qui l'ont violé : qu'en pensez-vous?* Attendez la réponse, et vous verrez dans quels termes la foi publique trahie s'expliquera sur la confusion des deux pouvoirs.

Autre exemple encore : « Art. 5. Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. » A ceux pour qui l'exemple de l'Angleterre est décisif, et qui concluent d'une constitution empirique à une constitution rationnelle, nous posons cette question : « En Angleterre, le parlement peut tout, *excepté*, disent nos voisins, *changer une fille en garçon ;* c'est leur manière de faire entendre que la capacité légale du parlement ne s'arrête que devant l'impossibilité naturelle. Or le parlement anglais peut changer la religion du pays, lui en substituer une autre, rendre celle-ci nationale, dominante, exclusive; il le peut, car il l'a fait : le parlement français le pourrait-il ?

Il serait facile de répéter cette argumentation sur beaucoup d'autres articles, et de demander si chez nous le législateur pourrait créer des commissions judiciaires (art. 54), donner le droit électoral avant vingt-cinq ans (art. 34), l'éligibilité avant trente (art. 32), déclarer que le roi n'est pas inviolable, que les

ministres ne sont pas responsables (art. 12), voter l'impôt pour plus d'un an (art. 41), organiser la garde nationale, l'instruction publique, l'administration communale et départementale, sans observer les conditions de l'art. 69. Mais nous multiplierions les arguments sans fortifier notre thèse, et nous nous hâtons d'arriver aux articles 68 et 69 combinés. Il en sort une preuve, après laquelle il semble que la discussion doive se clore.

« Art. 68. L'art. 23 de la Charte (sur la pairie) sera soumis *à un nouvel examen* dans la session de 1831. »

« Art. 69. Il sera pourvu successivement, *par des lois séparées* et dans le plus court délai possible, aux objets qui suivent, etc. » Il y a là une distinction si claire du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, que, pour ne pas la voir, il faut fermer les yeux.

L'article 69 promet des lois, des lois importantes sans doute, puisqu'elles sont l'objet de promesses particulières et que les bases en sont posées d'avance, mais qui ne cessent pas d'être des lois proprement dites, auxquelles la Charte communique si peu le caractère constituant, qu'elle semble craindre qu'on ne s'y méprenne, et, dans ce but, elle veut qu'elles soient *séparées*. Séparées, disons-nous : nous supplions qu'on pèse ce mot. Séparées de quoi? De la Charte apparemment, puisque c'est la Charte qui ordonne la séparation; aussi, ces lois sont-elles faites dans la forme ordinaire, et ne sont-elles déposées, à leur date, que dans le *Bulletin des lois*.

Mais dans l'article 68, tout change, la matière, et avec elle le langage. Il s'agit de savoir si la pairie sera viagère ou héréditaire; question toute constitutionnelle; aussi, l'article 68 ne dit-il pas qu'il y sera pourvu par une loi *séparée*, mais que l'article 23 sera soumis *à un nouvel examen* dans la session de 1831 : ce nouvel examen est le synonyme de *révision*, ce qui veut dire que la session de 1831 n'est pas appelée à remplir sa fonction ordinaire, mais une fonction extraordinaire; fonction pour laquelle on lui donne un mandat qu'elle n'a pas pu se donner à elle-même; mandat spécial, mandat limité, mandat temporaire, qui ne pouvait lui venir que du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant, debout au milieu des émotions de 1830, se défie

de son propre trouble, et renvoie à un avenir plus calme la grande question de l'hérédité de la pairie.

La session de 1831 a reçu de cet acte de sagesse une mission sur laquelle elle ne s'est pas trompée; elle l'a si bien considérée comme constituante, qu'elle s'est d'abord demandé si le *nouvel examen* n'était pas confié à la chambre des députés seule, à l'exclusion de la chambre des pairs; prétention qui fut et devait être repoussée, puisque le mandat confiait le *nouvel examen* à la session de 1831, c'est-à-dire à la législature tout entière. Cela a été si bien entendu, que son œuvre du 29 décembre 1831 porte en titre : *Loi contenant l'article qui remplace l'article* 23 *de la Charte;* qu'elle n'en a point été *séparée* comme les autres lois faites en exécution de l'article 69; qu'elle y a au contraire été insérée, et qu'elle fait corps avec elle sous le n° 23.

Ce n'est pas tout. L'article revisé, sorti de la grande distinction que l'on nie, sous-distingue, à son tour, entre les deux objets dont il s'occupe, à savoir, entre le caractère héréditaire ou viager de la pairie, et les conditions d'admissibilité. Cette sous-distinction une fois faite, il ajoute : « Ces conditions d'admissibilité à la pairie pourront *être modifiées par une loi.* » En dit-il autant du caractère viager de la pairie? Non, il se tait. Pas un jurisconsulte ne se méprendra sur la signification de ce silence. Il est évident que l'article revisé, en mettant dans la sphère législative ce qu'il voulait y mettre, se réserve ce qu'il n'y met pas, et se distingue d'elle par cet acte de supériorité.

Niez encore le pouvoir constituant; le voilà qui marche devant vous. Il ne se manifeste pas, notez-le bien, par l'assemblée de révision de 91 et de l'an III; cette forme n'est pas dans la Charte; elle n'en veut pas; mais le principe y est, il y respire, il en est l'âme; si vous l'en retirez, il ne vous restera dans les mains qu'un cadavre.

Il est de mode aujourd'hui de trancher cette grande question, bien moins d'après les principes que sur des impressions personnelles. Les uns n'ont vu le pouvoir constituant apparaître que comme une loi de colère, au milieu des éclairs et de la foudre, et en ont conclu qu'il n'avait que cette manière de

s'annoncer. D'autres trouvent plus expédient de s'en passer dans la pratique des affaires. Tel que nous le concevons, il a non-seulement sa nécessité légale, mais son état normal, son existence paisible, son action régulière. Il n'a rien d'effrayant, il se laisse approcher, il est maniable, et il ne compromet que ceux qui le méconnaissent.

Mais comment le solliciter? Cette question est secondaire, comme toute question d'exécution. Le principe une fois sauf, la manière de l'interroger se trouvera sans peine, et sans remuer dans leur profondeur les masses populaires. Pourquoi, le cas échéant, ne ferait-on pas aujourd'hui ce qu'a fait l'ordonnance du 13 juillet 1815, dans un temps où l'on ne péchait pas par excès de partialité pour le pouvoir constituant, un appel spécial aux colléges électoraux? Les colléges électoraux sont le degré de notre organisation politique le plus rapproché de la nation, et son organe le plus immédiat; l'objet de leur réunion est circonscrit par l'ordonnance qui les convoque; leur tenue est réglée; toute délibération leur est interdite; ils ont ce qu'il faut pour procurer la sanction dont on a besoin; ils n'ont rien pour se rendre offensifs. La chambre ainsi formée est plus que législative, c'est le même corps, ce n'est déjà plus le même pouvoir, et ce nouveau mandat se communique au reste du parlement. Quel inconvénient réel verrait-on dans ce mode? Est-ce trop quand il s'agit de la Charte? Enfin ce mode, n'eût-il d'autre avantage que d'avertir l'opinion, de refroidir les esprits, de rallier les gens de bien, d'ajouter une forme, un délai, nous allions dire une entrave, mériterait encore qu'on y recourût; dans un moment d'enthousiasme, une forme, un délai, une entrave, c'est tout ce qui sauve.

Voilà de beaux principes, peut-on dire; mais où est leur sanction? S'il ne plaît pas au pouvoir législatif de s'y soumettre, s'il lui prend quelque jour la fantaisie de jeter parmi nous les lambeaux de la Charte déchirée, montrez-nous le juge et le vengeur avant de proposer votre théorie. Nous demanderons à notre tour : N'y a-t-il de devoir que celui qui a sa sanction, ni de tort que celui qui a son redresseur? Où est ici-bas la sanction de la morale en général? Où est la peine des coups d'État

en politique? Assurément nous ne conseillerons jamais à la seule autorité parmi nous que puisse tenter l'ambition de prendre la garde des limites, aux tribunaux, de juger entre les pouvoirs constituant et législatif; la loi, bonne ou mauvaise, est toujours loi; elle se présente à eux comme l'expression de la souveraineté, et ils lui doivent l'obéissance. D'ailleurs, partout où les pouvoirs sont divisés, il peut s'élever sur la ligne de démarcation des doutes sérieux, qu'ils ne résoudraient ni complétement ni convenablement. Le pouvoir, à qui reviendrait ce soin, absorberait tous les autres, ou serait lui-même leur victime, comme ce tribunat que la constitution de l'an VIII avait chargé de dénoncer au sénat les actes législatifs coupables d'inconstitutionnalité. Mais si le juge a ses devoirs, le législateur n'a-t-il pas les siens? Une mauvaise loi cesse-t-elle d'être mauvaise, parce qu'il faut lui obéir? Le sens de ce que nous venons de dire, c'est que le pouvoir législatif a sa limite, quoique législatif, que par conséquent il peut avoir son excès, et que l'*omnipotence parlementaire* est une idée subversive; il n'y a pas de vérité méconnue qu'il importe autant de raffermir.

La loi n'a point d'effet rétroactif. Les jurisconsultes ont demandé si cette règle d'éternelle justice, qui est écrite dans l'article 2 du code civil, dans l'article 4 du code pénal, est faite pour le juge ou pour le législateur; elle est faite pour l'un et l'autre; ni le juge ne peut donner à la loi l'effet rétroactif qui n'y est pas, ni le législateur ne peut l'y mettre; c'est encore une limite qu'il ne doit pas franchir. Si cependant il la franchit, s'il fait des lois rétroactives, comme nous en comptons malheureusement quelques exemples, le devoir des juges est toujours d'obéir (1); car le mal auquel il concourt en appliquant la mauvaise loi est moindre que celui dont il se rendrait l'auteur en la jugeant. Ici encore, il n'y a de remède que dans l'abrogation, et la loi peut seule faire justice de la loi. Mais ni la possibilité de l'infraction à la règle, ni son impunité légale, ni la nécessité de l'obéissance provisoire chez tous les autres

(1) Voyez à ce sujet la discussion du code civil, un arrêt de la cour de cassation du 25 mai 1814, et le *Répertoire*, v° *Effet rétroactif*.

pouvoirs, ne détruisent la règle qui reste ce qu'elle est, c'est-à-dire obligatoire pour le législateur.

Eh bien! il en est de même de la limite des deux pouvoirs; la loi peut attenter à la Charte, et on lui obéira; mais cette obéissance ne fera pas qu'il n'y ait point attentat. Nous ne voyons qu'une différence entre le cas dont nous venons d'arguer et le nôtre, c'est que personne ne s'avise de préconiser l'effet rétroactif, tandis qu'un préjugé funeste menace la vraie doctrine du pouvoir constituant, et tend à affaiblir dans la conscience du législateur des scrupules qu'il faudrait y fortifier comme l'unique sauvegarde de la Charte.

CHAPITRE II.

DU POUVOIR LÉGISLATIF.

Le gouvernement est constitué; le premier de ses rouages est le pouvoir législatif; il se met en mouvement, il fait des lois.

Il est bien entendu que le mot *loi* se prend ici dans son acception constitutionnelle. La loi n'est pas pour nous l'acte quelconque d'une volonté puissante s'imposant aux autres et réclamant leur obéissance. Dans les limites mêmes de notre régime, elle n'est ni la constitution, ni l'ordonnance royale, ni l'arrêté administratif, ni la décision judiciaire; elle est l'œuvre particulière du pouvoir à qui la Charte a confié ce soin, avec un objet, un caractère et des effets propres, dont il importe d'acquérir une notion exacte; car rien ne demande à être bien connu, autant qu'un pouvoir sans contrôle dans notre organisation politique, dont le redoutable privilége est de se faire obéir même dans ses excès, et de communiquer sa stabilité à ses fautes.

La séparation des pouvoirs législatif et exécutif a son principe dans la nature; vouloir et agir, c'est la division la plus élémentaire de tout pouvoir; c'est la tête et le bras, l'intelligence et les organes; le gouvernement civil est en cela l'image de l'organisation humaine. Ingéniez-vous à trouver de nouvelles combinaisons politiques; divisez et redivisez le pouvoir,

réduisez-le en poussière, partagez-en les atomes, variez-en les doses entre le roi, le sénat, les archontes, les éphores, les consuls, les tribuns, les préteurs; vous ne ferez jamais que des mélanges divers de deux éléments qui resteront les mêmes : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; vous en épuiserez les variétés, sans en changer la nature.

Dans ce partage, c'est à la loi qu'est échue l'intelligence; comme l'intelligence, elle est calme et impartiale; comme elle, elle a son siége dans la tête, au-dessus de l'atmosphère où nous nous agitons, pour avoir, de cette espèce d'Olympe, la contemplation du droit. Si elle descendait de sa hauteur pour se mêler aux choses et aux personnes, c'est-à-dire dans le domaine de l'exécution, elle perdrait de son désintéressement et de sa sérénité. Voilà pourquoi le gouvernement se décompose en deux opérations distinctes et successives, que l'on confie à deux pouvoirs différents, dont l'un reçoit la règle toute faite des mains de l'autre, avec la nécessité de l'appliquer; ce n'est qu'à cette condition que la première est impartiale.

Cette distinction a quelque chose d'analogue à celle des deux puissances que chacun de nous sent en lui-même, la raison et les passions, mais avec cette différence essentielle, que Dieu a dû les réunir dans le même sujet pour lui laisser le choix de ses déterminations entre elles, et que la Charte a dû les partager entre deux pouvoirs, en ôtant au second le droit de juger la règle fournie par le premier; d'où résulte cette conséquence singulière, que leur réunion dans l'homme constitue la liberté morale, et que leur séparation dans le gouvernement constitue la liberté politique.

On sent qu'un principe puisé si haut ne peut être qu'un principe général, et qu'il n'a point été fait en vue de tel cas ou de telle personne. Il répugne si bien à la raison que la règle se fasse et s'applique simultanément; il est si vrai que l'influence des cas particuliers trompe ou déprave le législateur, que Montesquieu (1) met au nombre des mauvaises lois celles qui se sont faites de cette manière, les rescrits et les décrétales des papes.

(1) *Esprit des lois*, liv. XXIX.

Digitized by Google

La différence de la décision particulière à la loi, dont le caractère est nécessairement général, peut s'observer dans la manière dont on accorde des surséances aux débiteurs poursuivis par leurs créanciers. S'agit-il d'un débiteur qui demande un délai? C'est l'affaire des juges, à qui l'article 1244 du code civil recommande d'user de ce pouvoir avec une grande réserve. S'agit-il d'une classe de personnes ou d'un certain genre de dettes, auxquels un grand intérêt de justice ou de politique prescrit de laisser du répit? La loi seule le peut, et elle ne peut rien de plus; aucun autre pouvoir n'accorderait compétemment les surséances générales, qui sont une suspension de la loi, et la loi elle-même excéderait son propre pouvoir en accordant des surséances particulières. On cite comme exemple de surséances générales régulièrement accordées celles que la loi du 5 décembre 1814, article 14, accorde aux émigrés; celle que la loi du 30 avril 1826, article 9, accorde aux colons de Saint-Domingue. Le pouvoir exécutif n'en accorderait compétemment d'aucune espèce; des arrêtés consulaires du 19 fructidor an x et du 23 germinal an xi ont ordonné qu'il serait sursis aux poursuites pour le payement des créances antérieures à 1792 et provenant de ventes d'habitations, de maisons et de nègres à Saint-Domingue; mais ils avaient leur fondement dans une loi du 30 floréal an x, dont l'article 4 soumettait pendant dix ans les colonies au régime que leur ferait le gouvernement. Quant au décret impérial du 20 juin 1807, qui proroge la surséance jusqu'à la paix maritime, il n'y a rien à en dire, si ce n'est que c'est un décret impérial.

On a proposé (1) de déclarer incompatibles les fonctions de député et celles d'aide de camp du roi. Les aides de camp du roi ne constituent une classe de personnes ni dans l'ordre légal ni dans l'ordre social; la mesure proposée n'eût point été législative, car elle s'adressait déterminément à quelques individus, et n'avait point de caractère général.

Il est cependant un cas où l'intérêt général se lie si étroitement à une personne, que celle-ci peut devenir l'objet d'une loi.

(1) En mars 1846.

Digitized by Google

Ainsi le sénatus-consulte de l'an XII en déférant l'empire à Napoléon, la Charte de 1830 en appelant au trône Louis-Philippe d'Orléans, la loi du 12 janvier 1816 en excluant du royaume et en privant des droits civils la famille Bonaparte, celle du 10 avril 1832 en appliquant la même mesure à Charles X et à sa famille, envisagés sous le rapport de la compétence, ont fait ce que la loi seule pouvait faire; à bien dire, dans chacune de ces grandes circonstances, il s'agissait moins d'une personne que d'une institution; et, après tout, ces exceptions à la règle la confirment : elles ne tirent pas à conséquence.

Ce caractère de généralité, on l'a donné à la loi, partout où la loi a été sainement entendue. Le droit romain, malgré ses rescrits, l'entendait ainsi : *Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*. L'ancien régime, malgré son pouvoir absolu, a ignoré les rescrits; il laissait les décisions particulières au conseil d'État et aux tribunaux, et donnait *a priori* ses principes généraux sous le nom d'ordonnances, d'édits, de déclarations. Ce n'est donc point par là que la loi constitutionnelle se distingue de celles de l'ancien régime, puisque ce caractère de généralité leur est commun à toutes. Mais, en retenant celui-ci, elle en a d'autres qui lui sont propres; c'est de ces derniers que nous nous occupons.

Entre la loi selon la Charte et les actes qui, sous d'autres gouvernements, portent le même nom ou ont une destination analogue, il y a cette différence essentielle, que la loi constitutionnelle a pour objet de concourir à la garantie de nos droits, tandis que, dans le meilleur des gouvernements non constitutionnels, la loi peut respecter les droits de l'homme, peut même en procurer la jouissance, mais ne garantit rien. La tâche de notre régime est donc plus grande que celle des gouvernements absolus, et, chose étrange, pour une tâche plus grande, nous allons chercher un pouvoir moindre; ceci n'est point un paradoxe, mais une vérité dont on va se convaincre : c'est que la perfection du pouvoir chez les hommes est de se limiter.

Pour donner une idée juste de notre loi, il faut commencer par en déterminer l'objet; cela fait, nous en déduirons les qualités qu'elle doit avoir, et nous arriverons à poser ses limites.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'OBJET DE LA LOI.

La loi vient remplir la promesse de la Charte, c'est-à-dire servir de garantie à nos droits.

Si le propre de la loi est de garantir, son domaine se compose de tout ce qui a besoin d'être garanti. Mais quelles sont les choses qui en ont besoin?

La Charte s'ouvre par ce titre : *Droit public des Français,* et y énumère l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, la liberté de conscience, la liberté de la presse, l'inviolabilité du droit de propriété; elle se ferme par cet autre titre : *Droits particuliers garantis par l'État;* elle maintient les grades, honneurs et pensions militaires, et la dette publique. On trouve éparses dans le reste de la Charte huit dispositions spéciales concernant, article 19, la liste civile; article 23, les conditions d'admissibilité à la pairie; article 30, l'organisation des colléges électoraux; article 34, les conditions nécessaires pour élire les députés; article 40, l'établissement de l'impôt; article 50, l'organisation judiciaire; article 56, l'institution du jury; article 69, l'application du jury aux délits de la presse et aux délits politiques, la responsabilité des ministres, le vote annuel du contingent de l'armée, l'organisation de la garde nationale, l'état des officiers de tout grade de terre et de mer, les institutions départementales et municipales, l'instruction publique et la liberté d'enseignement, les conditions d'éligibilité; toutes choses que la Charte attribue exclusivement à la loi.

Si je prends toutes ces dispositions une à une, je remarque qu'il s'agit toujours d'un droit dans chacune d'elles, et si je cherche à les classer, je les vois se ranger d'elles-mêmes sous les trois grandes divisions qui embrassent toutes les législations du monde :

1° Droits concernant les personnes; 2° droits concernant les biens; 3° droits mixtes concernant à la fois les biens et les personnes.

Aux droits personnels se rapportent :

L'égalité devant la loi, qui comprend la répartition proportionnelle de l'impôt et l'admissibilité aux emplois ;

L'état civil, qui comprend la capacité des personnes pour les actes régis par le droit privé;

L'état politique, qui comprend la capacité des personnes pour l'exercice du droit de citoyen ;

La liberté individuelle, qui comprend l'usage de toutes nos facultés, et entre autres la liberté de l'industrie;

La liberté de conscience;

La liberté de la presse;

Le service militaire.

Aux droits réels se rapportent :

L'inviolabilité des propriétés, qui comprend le vote et la perception de l'impôt, parce que l'impôt est une véritable expropriation;

La dette publique, qui suppose un contrat entre l'État et les citoyens;

La liste civile, qui en suppose un entre la nation et le roi;

Et en général tous les règlements sur la nature des biens, sur leurs modifications et la manière de les acquérir ou de les perdre.

Sont mixtes, comme se rapportant à la fois aux biens et aux personnes :

Le droit de juridiction;

La loi pénale, qui comprend la responsabilité des ministres ;

L'organisation judiciaire.

Voilà les choses qu'il faut garantir. Je ne prétends pas en avoir fait l'énumération complète, de manière à exclure ce que j'aurais involontairement omis; j'ai voulu seulement trouver le principe général auquel aboutissent toutes les difficultés de détail, et ce principe, le voici : toutes les fois qu'il faudra régir l'usage de mes facultés personnelles ou l'exercice de mes droits sur mes biens, et me donner un juge, la loi seule peut déclarer ce qu'exige de moi l'ordre social: il est défendu à l'ordonnance d'y toucher.

La doctrine ne se présente pas toujours avec cette simplicité;

Digitized by Google

elle a aussi ses cas douteux, et déjà, quoique jeune, son commencement de jurisprudence.

On a demandé à laquelle, de la loi ou de l'ordonnance, il appartenait d'autoriser l'établissement d'une communauté religieuse. La communauté religieuse est une association véritable, disait-on, et il suffit d'une autorisation administrative à une société commerciale. Il suffit d'une ordonnance royale pour conférer à un étranger le bienfait de la naturalisation. Où serait la raison d'être plus exigeant à l'égard d'une communauté religieuse? La loi du 2 janvier 1817 s'était prononcée pour le pouvoir législatif; mais la question se ranima plus vive, dans cette réaction de 1825, qui aboutit à la loi du sacrilége (1). Et cependant la loi du 24 mai 1825 adopta le même principe que celle de 1817. Si cette solution est bonne, ce n'est pas précisément parce que le pouvoir qui autorise la communauté lui attribue des droits civils; l'autorisation attribue aussi des droits civils à la société commerciale, à l'étranger que l'on naturalise, et cependant elle est administrative; cette raison seule n'empêcherait pas que, pour la communauté religieuse, comme pour la société commerciale et pour l'étranger, on ne posât dans la loi des conditions générales, dont le gouvernement n'aurait qu'à reconnaître l'accomplissement dans chaque cas particulier. Mais la vraie raison est qu'en autorisant une communauté religieuse, on crée une personne à laquelle on donne une loi civile avec les droits qui s'y rattachent; une personne dont l'existence se perpétue au delà des existences individuelles, à ce point que l'article 619 du code est obligé de limiter à trente ans la durée de l'usufruit qu'on lui accorde, et dont le régime spécial est un trouble dans l'économie politique, une entrave au mouvement naturel des propriétés. Une création semblable ne peut être que l'acte de la puissance souveraine, qui seule aussi doit pouvoir retirer l'existence donnée par elle.

Voici un cas inverse. On a demandé s'il fallait une loi, ou s'il suffisait d'un acte administratif pour autoriser une com-

(1) On retrouve les éléments de la discussion dans un fort bon discours de M. le baron Pasquier, à la séance de la chambre des pairs du 1er avril 1825. *Disc.*, t. III, p. 371 et suiv.

mune à s'imposer pour une dépense accidentelle et locale. L'impôt ne peut être voté que par une loi; mais la ressource créée pour subvenir à une dépense de cette espèce est-elle un impôt? Dans la première période de notre régime, on tenait qu'aucun denier ne pouvait être levé qu'en vertu d'une loi, même dans un intérêt communal; c'est le système de 1791 (1). Après l'agrandissement de l'empire, les communes se multiplièrent au point que, pour faire face aux besoins variables de chacune d'elles, il eût fallu plus de cinquante mille lois par année. Cette difficulté d'exécution donna des scrupules sur le principe; on en retrouve la première trace dans un rapport de Portalis à l'empereur, au sujet des églises et presbytères, en date du 17 juin 1807 (2), époque où les idées de gouvernement commençaient à prévaloir. On ne vit plus l'impôt que dans la levée de deniers faite sur la nation entière dans l'intérêt de la nation; on refusa de le voir dans la contribution que s'impose la personne fictive appelée *commune;* on reconnut à la commune le droit de s'imposer, sans recourir à une loi, mais avec l'autorisation du gouvernement; et la législation qui la concerne fut conçue dans le double but de lui laisser son indépendance propre, et de la placer sous la tutelle de l'administration supérieure. C'est le système de la loi du 18 juillet 1837 (3).

Quand le pouvoir législatif pose un principe, il est, relativement au pouvoir exécutif, entre deux écueils qui sont également à éviter; si la loi ne dit rien du mode d'exécution, elle peut compromettre son principe; si elle dit trop, elle peut paralyser l'administration. Dans le premier cas, elle s'aliène elle-même, elle s'abandonne au pouvoir exécutif, et semble lui offrir le despotisme légal; dans le second, elle le garde pour elle, elle le resserre trop, et l'administration n'est qu'un instrument sans intelligence. Il faut, pour se garder de ces deux excès, un attachement sincère à notre régime et une profonde expérience des affaires.

(1) Art. 4 du titre V de la constitution de 1791.

(2) *Disc., rapports et travaux inédits sur le concordat de* 1801, IIe partie, p. 416.

(3) Art. 33 et suiv.

Digitized by Google

La loi du 29 juin 1820 voulait, article 6, que l'électeur votât secrètement. C'était son principe; mais ce principe avait péri dans l'exécution. Aussi, conçoit-on que la loi du 19 avril 1831, articles 48 et 49, règle la disposition matérielle du lieu où se réunissent les électeurs, jusqu'à exiger que chacun d'eux écrive son bulletin sur une table séparée du bureau, et que cette table soit placée de telle sorte qu'ils puissent circuler librement autour du président et des scrutateurs pendant le dépouillement du scrutin.

Quand les lois, et surtout les lois organiques, se bornent à énoncer leur principe, et s'abstiennent absolument d'en régler l'application, c'est-à-dire quand elles se dépouillent au profit du pouvoir exécutif, c'est un signe que celui-ci est au service d'une volonté despotique, et la constitution est menacée. En voici des exemples :

La profession d'avocat n'est autre chose que l'exercice d'une des plus nobles facultés de l'homme; il n'y a pas de droit plus personnel, ni qu'il appartienne plus évidemment à la loi de régir. Une loi du 22 ventôse an XII sur les écoles de droit a recours, article 38, à cette formule parasite de la législation impériale : « Il sera pourvu par des règlements d'administration publique à l'exécution de la présente loi, et notamment à ce qui concernera... 7° la formation du tableau des avocats et *la discipline du barreau...* » Ce mot discipline une fois prononcé, c'en est fait; le décret et ensuite l'ordonnance s'emparent de la profession de l'avocat, et la loi ne peut plus la ressaisir. Tout est en règle dans l'ordre légal; tout est à regretter dans l'ordre constitutionnel.

Après l'institution d'un gouvernement, en connaît-on une plus grande que celle de l'université, une qui recèle plus de bien et de mal, et qui sollicite de plus près le législateur? Voici cependant tout ce qu'il a fait pour elle. Mais il faut commencer par méditer la date de son œuvre, 10 mai 1806, et méditer ensuite le texte. Hélas! il n'est pas long à transcrire. « Article 1er. Il sera formé, sous le nom d'*Université impériale*, un corps chargé exclusivement de l'enseignement et de l'éducation publics dans tout l'empire. Article 2. Les membres du

corps enseignant contracteront des obligations civiles, spéciales et temporaires. Article 3. L'organisation du corps enseignant sera présentée en forme de loi au corps législatif, à la session de 1810. » Il n'était pas possible au premier des pouvoirs sociaux d'abdiquer en moins de mots : le principe de l'enseignement exclusif par l'université, le principe de l'assujettissement de ses membres à des obligations spéciales, choses et personnes, tout est livré corps et âme, et livré en quatre lignes. L'article 3 venait comme une consolation après le sacrifice, laissant entrevoir au loin une organisation sous la forme d'une loi : mais tout s'était évanoui de la loi, jusqu'à sa forme. Le décret impérial n'eut pas la patience d'attendre la session de 1810; dès le 16 mars 1808, il se précipita sur la riche proie qui lui était offerte, et tout fut dit. Il est bien entendu que ceci s'applique seulement au procédé législatif, sans rien préjuger de l'université en elle-même.

Imperfection des choses humaines! La loi est douée d'une grande force pour garantir nos droits. Mais, si elle abuse de sa force, où sera leur garantie contre elle? Dans le pouvoir constituant sans doute. Mais si elle abuse des dispositions constitutionnelles elles-mêmes, où la garantie se réfugiera-t-elle? Dans la religion du droit naturel, dernier recours de la liberté civile et politique; hélas! et il n'est pas jusqu'au droit naturel dont elle ne puisse abuser, à l'aide de ces doctrines qui ont le secret de déposer le germe du despotisme au sein des plus magnifiques promesses de la liberté. Avant que la constitution du 24 juin 1793 eût reçu son existence éphémère, je rappelle que Robespierre avait élaboré un projet particulier, où il dévoilait sa pensée sur la déclaration des droits; il y avait mis des propositions désastreuses sous la protection d'éternelles vérités. Il y disait, article 1er : « Le but de toute association politique est le maintien des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, et le développement de toutes ses facultés. » La Charte n'a pas d'autres principes. Article 4 : « La liberté est le pouvoir qui appartient *à chaque homme* d'exercer à son gré toutes ses facultés; elle a la justice pour règle, les droits d'autrui pour bornes, la nature pour principe *et la loi pour sauve-*

garde. » Cela est admirablement dit. Mais tout aussitôt il ajoute, article 5 : « La loi ne peut défendre que ce qui est nuisible *à la société;* elle ne peut ordonner que ce qui lui est utile. » Qu'est-ce à dire? Tout à l'heure le type de la liberté était *dans chaque homme,* et voici que la mesure du juste est dans l'intérêt *de la société;* le droit individuel s'efface devant le droit collectif, et, bien entendu, devant le droit collectif déclaré par la loi. Nous ne nous entendons plus. Nous nous entendons bien moins encore, quand l'article 7 achève ainsi sa pensée : « La propriété est le droit *qu'a chaque citoyen* de jouir de la portion de bien *qui lui est garantie par la loi.* » Ici le masque est jeté; la société devient la source du droit de propriété; elle détermine la portion de bien dont elle promet la garantie; le droit naturel disparaît devant elle, et sa loi est omnipotente. La constitution de 93 elle-même n'a pas voulu de cette doctrine. C'est à nous de retenir la leçon.

L'objet de la loi ainsi déterminé, il reste à connaître les qualités qu'elle doit avoir pour le remplir; c'est-à-dire pour procurer à nos droits sa part de leur garantie, sans rien céder de la sienne, sans entreprendre sur celle des autres. Nous pourrions dès ici et par la seule voie du raisonnement déduire ses qualités de sa tâche, et ce qu'elle doit être de ce qu'elle doit faire; mais ne hasardons rien; aux procédés purement rationnels ajoutons les procédés plus sûrs de l'expérience. Jugeons l'état où nous sommes par opposition à celui d'où nous sortons; l'idée de la loi n'était pas inconnue à l'ancien régime, et cependant nous n'avons pas voulu de lui. Que cherchons-nous donc de plus ou de différent dans le régime constitutionnel? Cette recherche est pleine d'enseignements, puisqu'elle se propose de s'assurer par le seul secours de la science, si le but qu'a poursuivi la révolution a quelque chose de réel et de légitime.

Digitized by Google

SECTION DEUXIÈME.

DE LA LOI DANS L'ANCIEN RÉGIME.

Passons à l'ancien régime sa double prétention d'avoir été absolu, et de n'avoir pas été despotique; jugeons-le comme absolu seulement, c'est-à-dire comme ayant exercé un pouvoir sans limite, mais tempéré par le sentiment du juste et par les mœurs nationales. Voyons-en la mesure dans cette célèbre réponse de Henri IV au parlement de Paris qui hésitait à enregistrer l'édit de Nantes : *Je prends bien les avis de mes serviteurs ; si je les trouve bons, je les embrasse, et change volontiers mon opinion...* Voilà le pouvoir absolu dans toute sa perfection possible ; c'est une bonne fortune, pour qui l'étudie, d'en entendre la définition de la bouche de Henri IV.

Dans sa perfection même, il est atteint d'une infirmité incurable, de cette faculté de se rétracter qui lui est essentielle, la seule chose qui ne change pas en lui, à savoir : l'incapacité de s'obliger et par conséquent de rien garantir. On a dit de Dieu qu'il avait commandé une fois pour obéir toujours, et c'est peut-être l'expression la plus sublime de sa toute-puissance; car il n'y a que la toute-puissance qui soit capable d'une éternelle fidélité à ses propres lois. Aussi le pouvoir absolu chez l'homme est-il incapable de se saisir, de se fixer, de s'obéir à lui-même, et cette incapacité est une de ses plus grandes misères.

Qui s'attacherait à suivre la filiation de cette idée dans la jurisprudence serait payé de sa peine. Et par exemple, dans les États où le pouvoir n'est pas héréditaire, chaque prince se croit libre des engagements de son prédécesseur, et se réserve le droit de les confirmer par un acte exprès. On fait remonter cette doctrine à Tibère; Suétone (1) assure que Titus l'a répudiée, et est même allé jusqu'à défendre de lui demander des confirmations de cette espèce. Les papes, qui se succèdent à

(1) *Vie de Titus*, chap. VIII.

titre singulier, ont ressuscité le principe de Tibère (1). Le Bret a fait plus; il l'a introduit en France, où cependant l'hérédité du pouvoir et la maxime: *Le roi ne meurt jamais*, semblaient devoir identifier tous les princes; il est vrai qu'il s'appuie d'un arrêt du parlement inséré aux *olim* en l'année 1256; et c'est, assure-t-il, sur ce fondement que Louis XII a refusé de payer les dettes de son prédécesseur Charles VIII. C'est cette nécessité d'actes confirmatifs de la part du prince régnant, qui a fait établir à chaque avénement un droit domanial, qui remonte à François Ier, que Louis XVI a remis à ses sujets, et qui n'a été aboli que par l'assemblée constituante. Bodin (2), Grotius (3), Puffendorff (4), ont fait plus encore. Ce qui avait été dit du prince qui ne lie point son prédécesseur, et qui ne lie pas son successeur, ils l'ont dit du prince lui-même et de ses propres actes. Où serait le principe de son obligation? Si elle est valable, elle ne l'est que dans le for intérieur; si elle a quelque vice, il en est le seul juge. Comment ne s'en relèverait-il pas, lui qui relève les autres de leurs engagements? Louis XIV écrivit en 1666 à l'électeur de Brandebourg, qu'il engageait sa parole royale à maintenir l'édit de Nantes; en 1685, il le révoqua.

Nulle part cette impuissance de s'obliger, c'est-à-dire de faire une loi, n'éclate autant que dans le régime du domaine. Le domaine était inaliénable: c'était le principe. Depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XVI, il a été consacré presque à chaque règne, sous l'appellation pompeuse de loi fondamentale du royaume; et il n'est pas de prince, si ce n'est Henri IV, qui, de la même main dont il venait de le consacrer, n'ait signé la concession qui le violait. Jamais il n'a été possible au pouvoir absolu de s'astreindre à sa propre règle, ni d'obtenir une inaliénabilité véritable: de là ces nombreux engagements de domaines, qui étaient à la fois et la condamnation du pouvoir, et la ruine de la nation. Le mal était à son comble sous Louis XVI. Lisez

(1) *Décrétales de Grégoire IX.*
(2) Chap. VIII.
(3) Liv. II, chap. XIV.
(4) Liv. VIII, chap. X.

Digitized by Google

l'arrêt du conseil du 14 janvier 1781 : c'est le pouvoir absolu faisant l'aveu de son impuissance, et poussant un cri de détresse aux approches de la révolution. Une loi constitutionnelle, celle du 22 novembre 1790, a pu seule résoudre le problème.

Si, d'une part, rien ne sortait du pouvoir absolu qui fût obligatoire pour lui, de l'autre, les ordres qui s'échappaient de ses mains en si grand nombre et sous tant de formes, lettres patentes, lettres closes, lettres missives le réduisaient quelquefois à douter de lui-même, et jetaient de l'incertitude jusque dans l'obéissance que lui devaient les magistrats et les sujets. Chose que l'on n'a point assez remarquée! en même temps qu'il disait : *Obéissez*, il disait aussi, il disait souvent : *N'obéissez pas*. Ce n'était pas une simple recommandation de ne point obtempérer à des ordres particuliers qui dérogeaient aux maximes générales; ce n'était même pas une invitation de se tenir en garde contre les lettres closes, dont les hommes de cour faisaient un si cruel usage. C'était une injonction formelle de ne point obéir aux lettres, quelles qu'elles fussent, closes, patentes ou missives, qui pouvaient être, qui étaient même des actes personnels du prince. Ce phénomène mérite d'être constaté par les monuments de notre histoire, et il l'est de la manière la plus authentique par une série d'ordonnances depuis le VIe siècle jusqu'au XVIIe. « Nous défendons, disait Charles VI en 1413, à nos maîtres des requêtes, qu'ils ne fassent aucunes telles requêtes, et se par importunité, inadvertance ou autrement, *nous les octroyons*, nous défendons à notredit chancelier qu'il n'en scelle aucunes lettres, et *se elles étoient scellées, nous défendons à notredite cour et à tous nos autres juges, que à icelles lettres ils n'obéissent aucunement* (1). » On trouve trois ordonnances de ce genre sous le règne de ce malheureux prince; ce n'étaient pas seulement des précautions contre les surprises faites à sa faiblesse : c'étaient des précautions contre le principe même du pouvoir, à ce point que les exemples s'en sont renouvelés de règne en règne, jusques et y compris celui de

(1) *Ordonnances du Louvre*, t. X, p. 123.

Louis XIV (1). Ces actes prouvent de bonnes intentions, et un pouvoir vieieux qui proteste contre lui-même, qui s'en remet au bon sens des sujets du soin de faire un choix parmi ses ordres, et commande aux magistrats de n'appliquer que ceux qui leur paraissent raisonnables. « Notre intention, dit l'article 66 d'une ordonnance de 1451, est que les juges n'obéissent à nos lettres, sinon qu'elles soient civiles et raisonnables. » Se peut-il une démonstration plus claire de la nécessité de diviser les pouvoirs?

Le mal, il faut en convenir, n'était pas aussi grand dans le droit privé que dans le droit public. Le pouvoir absolu, moins directement intéressé aux démêlés des citoyens entre eux, y faisait moins sentir sa mauvaise influence, et y laissait régner certaines règles qu'entretenait l'esprit d'équité de la magistrature, et qui pouvaient produire quelques-uns des effets de la garantie. Mais, à cette exception près, que le droit privé était encore loin de la loi proprement dite! La diversité des coutumes et des jurisprudences locales servait d'argument à Pascal contre la justice humaine; les textes les plus précis mouraient étouffés sous les usages, les doctrines des commentateurs et les interprétations contraires des cours souveraines. On a la mesure de la force des lois civiles d'autrefois, dans la manière dont le conseil des parties comprenait la cassation. Au dire de M. Henrion de Pansey (2), il ne cassait, ni pour violation du droit romain, parce que les parlements se croyaient les maîtres d'y choisir, et même de modifier ce qu'ils y choisissaient, ni pour violation des coutumes, parce qu'aux yeux de l'autorité suprême elles n'étaient que des conventions particulières à certaines provinces; il ne cassait même pas toujours pour violation des ordonnances, malgré leur caractère général, parce que la violation du texte se perdait le plus souvent dans le droit de l'interprétation, et que les cours souveraines s'en étaient emparées. L'application des ordonnances se faisait de

(1) Ordonnances du 20 avril 1402, du 28 octobre 1446, d'avril 1463; 13 juin 1499, octobre 1523, juin 1609, 24 juillet 1627, 3 avril 1636, juin 1643, mars 1646, septembre 1647.

(2) *Autorité judiciaire*, t. II, p. 242 et suiv.

manière à justifier le langage de l'Hôpital aux magistrats de son temps : « Vous jurez à vos réceptions garder les ordonnances, et entrez en vos charges par serment... les gardez-vous bien? La plupart d'icelles est mal gardée, et en faites comme de cire, et ainsi qu'il vous plaît. » Voilà pourquoi Louis XIV consacre le titre Ier de son ordonnance de 1667 sur la procédure à un seul objet : *De l'observation des ordonnances*, comme au plus pressant besoin auquel il eût à pourvoir.

La loi, dans l'ancien régime, manquait donc de deux qualités essentielles; elle n'était ni certaine, ni obligatoire, c'est-à-dire qu'elle n'était point loi. Concluons avec assurance que, sous le régime constitutionnel, la loi doit être l'un et l'autre. Il importe d'arrêter l'attention du lecteur sur chacun de ces caractères successivement.

SECTION TROISIÈME.

LA LOI EST CERTAINE.

Ce qui signifie qu'elle ne peut être ni discutée comme la maxime, ni révoquée comme l'ordonnance, ni mise en question comme la coutume, ni divisée comme le droit romain.

Pour qu'elle soit certaine, il faut qu'on ne puisse pas la supposer. Or on peut la supposer partout où elle ne se fait, ne se promulgue, ni ne se garde dans les formes constitutionnelles.

« Memnius, dit Cicéron (1), vient de communiquer au sénat l'accord que son compétiteur et lui avaient fait avec les consuls, par lequel ceux-ci s'étaient engagés à les favoriser dans la poursuite du consulat pour l'année suivante; et eux, de leur côté, s'obligeaient de payer aux consuls 400,000 sesterces, s'ils leur fournissaient trois augures, qui déclareraient qu'ils étaient présents lorsque le peuple avait fait la loi *Curiate*, quoiqu'il ne l'eût point faite, et deux consulaires qui affirmeraient qu'ils avaient assisté à la signature du sénatus-consulte

(1) *Ad Attic*, lib. IV, epist. 18.

qui réglait l'état de leurs provinces, quoiqu'il n'y en eût point eu. » « Que de malhonnêtes gens dans un seul contrat! » s'écrie Montesquieu (1).

César, pendant sa dictature, et avant le retour de Cicéron à Rome, fabriquait des sénatus-consultes sous le nom de celui-ci, qui l'apprenait dans sa retraite, et recevait des remerciments pour des grâces qu'il avait, à son insu, prononcées à des tiers.

Après la mort de César, Antoine, ayant fait décréter que tous les actes du dictateur seraient valables, exploita le dépôt de ses papiers qui lui avait été confié; il supposa un grand nombre de sénatus-consultes, et les vendit.

Un capitulaire, faussement attribué à Charlemagne, a proscrit le droit romain dans son empire, et cela, par l'erreur ou l'imposture d'un compilateur, nommé Benoît Lévite.

Pendant plusieurs siècles, les fausses décrétales en ont imposé à toute l'Église latine, ont arbitrairement étendu le pouvoir des papes et des évêques, et altéré la discipline ecclésiastique.

On connaît quelques tentatives de ce genre sous le régime de la promulgation et de la sanction; mais elles ont toutes été déjouées et punies. Un décret du 6 août 1791 ordonne une information judiciaire au sujet d'une fausse constitution française; un arrêté du Directoire, du 2 ventôse an v, destitue deux fonctionnaires accusés d'avoir fabriqué une loi, et les livre à la justice; un faux décret fut rendu le 17 vendémiaire an II sur la suppression de la compagnie des Indes. On n'ignore pas quelle expiation fut tirée de Chabot, de Fabre d'Églantine et de quelques autres qui étaient compromis dans cette affaire.

Passons aux conséquences.

§ Ier. — De l'uniformité.

La certitude de la loi implique son uniformité. Si la loi positive change à chaque circonscription du territoire, celle

(1) *Grandeur et décadence des Romains*, chap. x.

d'en deçà valant celle d'au delà, elle ne serait nulle part, ou du moins elle serait partout incertaine, et Pascal aurait raison. Cela est aussi évident qu'il l'est que la vérité est une.

L'uniformité dans la législation n'a pas été chez nous la conséquence directe et immédiate de l'unité nationale. L'unité était depuis plus de deux siècles dans la population et le territoire, qu'elle n'était pas encore dans la loi; elle y était appelée par tous les esprits éclairés depuis l'Hôpital et Dumoulin jusqu'à Bourjon; mais ce miracle n'était réservé ni à la science, ni au génie de quelques hommes. Il fallait le régime constitutionnel, qui lui-même ne pouvait s'acheter qu'au prix d'une révolution sociale. Ce n'est pas sans une sorte de compassion que nous contemplons de notre point de vue ces généreux efforts pour donner à la France un droit commun. Bourjon, qui résume en lui ses devanciers, nous initie à sa méthode; il voyait dans chaque coutume une loi particulière, présupposant une loi générale qu'il s'agissait de retrouver. Mais cette supposition d'une unité primitive détruite, dont il n'y avait qu'à rassembler les éléments épars pour la reconstruire, n'était pas plus vraie que celle d'une ancienne monarchie vers laquelle cherchaient à remonter les publicistes du moyen âge. Chaque loi municipale avait son indépendance, ses franchises et ses priviléges, que l'on avait presque toujours eu le soin de réserver lors de la réunion, et auxquels elle n'aurait renoncé à aucun prix. Les coutumes n'avaient entre elles aucun lien commun, et la suprématie que le besoin bien naturel de l'unité avait tenté d'attribuer à celle de Paris, était plutôt de doctrine que d'obligation. La jurisprudence du conseil des parties s'était formée en conséquence; il n'accordait point la cassation pour la violation des coutumes. L'office de la cassation n'a de réalité que sous la loi constitutionnelle.

§ II. — De l'axiome : *Nul n'est censé ignorer la loi.*

On nous enseigne que nul n'est censé ignorer la loi; on attribue au vulgaire des notions que le travail de toute la vie

procure à peine à l'esprit le plus vaste et le plus fort. Je ne connais pas de fiction plus violente. Je conviens qu'elle est un besoin de l'ordre social, et qu'il n'est pas un acte de notre justice qui ne fût, sans elle, inique ou absurde. Mais il faut m'accorder que pour avoir le droit d'imposer à tous les hommes cette présomption excessive, le gouvernement doit commencer par fixer ce qu'ils sont censés connaître. Comment pouvez-vous exiger que je sache ce que vous voulez, si vous l'ignorez vous-même, ou si vous voulez autre chose ici, autre chose là, et si l'énorme recueil de vos variations renferme une science ou un mystère impénétrable? Presque tous les gouvernements ont imité à leur manière Caligula, qui avait fait écrire une loi en caractères si menus, et l'avait fait afficher à une telle hauteur, qu'il était impossible de la lire. Le régime constitutionnel a seul le droit de se prévaloir de cet axiome, parce que seul il fait ce qui convient pour le justifier. Plus nous le connaîtrons, plus nous le verrons éclairer la jurisprudence.

§ III. — De l'usage et de la désuétude.

Voulez-vous retomber dans le chaos de l'incertitude? Permettez à l'usage de faire, à la désuétude de défaire la loi; ranimez les anciennes controverses à ce sujet; dites avec les uns que l'usage et la désuétude sont la manifestation la plus sûre des besoins du peuple; distinguez avec les autres entre le gouvernement démocratique et celui d'un seul; admettez l'usage dans le premier, proscrivez-le dans le second; cherchez à indiquer ses caractères; fixez arbitrairement sa généralité, son ancienneté, la manière de le reconnaître et de le constater; c'est-à-dire faites faire une loi par des juges et dans des formes judiciaires.

Il était naturel que l'usage eût sa théorie et ses règles à une époque où c'est de lui que la loi tirait son origine et recevait sa première forme; on conçoit qu'après l'avoir faite, il l'ait modifiée, et que son empire, survivant à sa cause, passant de la coutume orale à la coutume écrite, se soit perpétué jusque sous le régime des ordonnances. L'ordonnance du commerce

de 1673 prescrivait l'enregistrement des actes de société, et la cour de cassation a jugé, le 22 messidor an IX, que cette disposition était tombée en désuétude; c'était juger qu'un certain nombre d'arrêts ou de certificats de notoriété avaient pu l'emporter sur l'autorité de Louis XIV; c'était faire subir à l'ordonnance la destinée à laquelle elle était sujette; c'était la loi du temps.

Mais ce reste d'un temps qui n'est plus cherche à se maintenir dans le nôtre, où la loi s'écrit, se vote, se promulgue, se garde selon des formes déterminées, et où un texte peut seul désormais abroger un texte. Une loi qui appartient au nouveau régime, celle du 25 ventôse an XI, exige la présence de deux notaires pour la validité des actes; l'usage a prévalu de s'en tenir à un seul; d'abord et pendant longtemps, la cour de cassation a donné raison à l'usage contre la loi (1); c'est seulement en 1841 qu'elle a proclamé, dans deux de ses arrêts (2), que la loi n'était plus à la merci des pratiques populaires, et que l'usage, d'ailleurs le mieux entendu, ne pouvait faire que la loi ne restât pas loi. Tant les conséquences les plus claires d'une vérité reconnue ont quelquefois de peine à pénétrer dans l'application! Le pouvoir législatif, averti par ce retour aux vrais principes, a compris que c'était à lui d'aviser; la loi du 21 juin 1843 a donné satisfaction aux exigences de la pratique et des principes, et rien qu'en faisant acte de médiateur, le pouvoir compétent a condamné les anciennes prétentions de l'usage. C'est la portée constitutionnelle de cette circonstance récente.

Habituons-nous à ne recourir à l'usage que dans les cas tout à fait imprévus, ou lorsque la loi y renvoie elle-même : dans le premier cas, on ne la viole pas; dans le second, on lui obéit.

(1) Notamment par un arrêt du 14 juillet 1825.
(2) 25 janvier et 16 novembre.

SECTION QUATRIÈME.

LA LOI EST OBLIGATOIRE.

Si l'on entendait seulement par ces mots que les sujets doivent obéissance à la loi, cette vérité triviale mériterait à peine d'être énoncée, elle n'aurait surtout rien de particulier au régime constitutionnel. Mais c'est au pouvoir qu'il s'agit de donner des liens; il n'est plus permis d'en douter depuis la révolution de juillet, laquelle semble n'avoir été entreprise que pour introduire dans l'article 13 de la Charte ces mots qui la résument : « Le roi... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, *sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.* » Jamais; ce mot inexorable est dans la Charte, et il en rend la disposition absolue. Le pouvoir avait la prétention de recéler en lui un droit suprême indépendant de la loi, celui d'intervenir à sa place, toutes les fois qu'il la jugerait impuissante ou qu'il y voyait une entrave. C'est pour dénier ce droit au pouvoir que l'intercalation de 1830 est sortie d'une révolution; c'est donc le pouvoir que la loi oblige, puisqu'il lui est défendu de la suspendre, même en alléguant une nécessité extrême.

Toutefois cette disposition si absolue serait une témérité, si elle n'admettait une restriction, qu'il faut sous-entendre dans toutes les lois humaines; quoique sortie d'une révolution, elle n'est pas faite pour les révolutions; les révolutions ne sont telles que parce qu'elles ne souffrent aucune règle; si elles se laissaient régler, elles ne seraient plus des révolutions. Quand il se déchaîne une de ces tempêtes, pendant lesquelles il ne reste qu'à se recommander à Dieu, la manœuvre est impossible pour tout le monde. Qu'il reste donc bien entendu que les règles de conduite dont nous nous préoccupons, constitutions, lois, doctrines, se renferment dans cette sphère où la prudence humaine peut quelque chose.

Une fois limitée à cette politique rationnelle, dont le code

Digitized by Google

peut s'écrire et qui supporte la logique, la disposition de l'article 13 garde son sens absolu... L'obligation d'exécuter n'est pas une faculté, c'est un devoir. Mais la vérité à laquelle elle donne sa première formule peut-être depuis qu'il y a des constitutions n'est pas si simple qu'elle n'ait besoin d'être expliquée. Elle est sans doute la même pour tous, et cependant tous ne l'entendent pas de la même manière; il y a une différence entre l'esprit du juge et celui de l'administrateur.

Le juge accepte sans restriction l'obligation d'exécuter la loi; il s'en rend l'esclave et se fait même une vertu de sa servitude. Ne serait-ce point à cette perfection de son pouvoir qu'il doit d'avoir conservé l'autorité la plus intacte de nos jours? Mais l'obligation d'exécuter n'apparaît pas aussi rigoureuse à l'esprit de l'administrateur; celui-ci vit dans un monde d'action, où la règle paraît trop souvent en contradiction avec les faits, où l'on a toujours à lutter contre la tentation de composer avec elle, où, sous les noms divers de politique, de raison d'État, de gouvernement, d'habileté administrative, finit par prévaloir je ne sais quelle sagesse illégale, qui pourrait bien n'être autre chose que le pouvoir absolu reparaissant sous un autre nom. L'illusion que produit ce côté des affaires a été récemment portée jusqu'à faire de la politique un pouvoir, en prenant ce mot, non pas dans le sens d'un système de gouvernement, mais dans le sens d'un pouvoir particulier, distinct de ceux que nous connaissons dans l'ordre constitutionnel, y occupant cependant une place, y exerçant une influence presque prépondérante sans reconnaître de règle précise (1). Ce serait un abîme à dévorer la Charte tout entière. Que ceci soit pris à titre d'observation, non de reproches; car le mal tient à l'époque, à la nature hétérogène des éléments de notre régime, dont l'un, le droit commun, nous vient de l'esprit libéral et formaliste de la révolution, et l'autre, l'organisation administrative, de l'esprit pratique et expéditif du consulat et de l'empire. Sortie de cette origine, l'administration semble étrangère à notre mécanisme, comme une pièce de rapport qui s'y agence avec peine. Sous un régime

(1) M. Vivien, *Études administratives*, p. 12.

de droit strict qui demande de la précision en tout, ses attributions restent confuses, et le secret de les coordonner se cherche encore. Sa responsabilité est décrétée en principe; mais une responsabilité, réduite aux termes d'une abstraction, est presque un inconvénient; car si la responsabilité organisée sert de frein, la responsabilité non organisée sert de prétexte et souvent d'aiguillon; l'une retient, l'autre enhardit. La position de l'administrateur est particulièrement fausse dans les occasions qui naissent du système représentatif; on lui a créé, dans les luttes électorales et dans les chambres, des devoirs contraires, incompatibles, dont la théorie n'a pu jusqu'ici se trouver, par la raison peut-être qu'elle est impossible. On se plaint de cette disparate dans nos institutions, qui produit une contradiction dans nos mœurs publiques, et l'on semble désespérer de trouver le remède, puisqu'on remet ce soin à l'avenir et aux progrès de notre éducation future. En attendant, la doctrine a un devoir à remplir (1).

§ Ier. — De l'empire des circonstances ou de la politique dans l'ordre légal (2).

Nous ne parlons pas de la force qui déchire la loi, ni même de la mauvaise foi qui l'élude ou la fait mentir. Ces violations

(1) Nous reviendrons plus tard, au sujet de la représentation nationale, sur cette grave difficulté.

(2) On trouve le dialogue suivant dans l'*Histoire des Girondins*, par M. de Lamartine :

« C'était pendant le procès de Danton ; les jurés délibéraient : Souberbielle, l'un d'eux, hésitait. Dans l'agitation de ses pensées, dit l'auteur, il se promenait à pas interrompus dans un corridor qui précédait la salle des délibérations. Un des collègues de Souberbielle, Topino Lebrun, l'aborde : « Eh bien ! Souberbielle, que fais-tu là ? — Je médite sur l'acte terrible qu'on veut obtenir de nous, répond Souberbielle. — Et moi, j'ai médité, reprend le juré. — Qu'as-tu décidé ? lui demande Souberbielle. — Je me suis dit, réplique le juré : Ceci n'est pas un procès, c'est une mesure. Les circonstances nous ont portés à une de ces hauteurs où la justice s'évanouit, pour ne plus laisser dominer que la politique. Nous ne sommes plus des jurés, nous sommes des hommes d'État. — Mais, dit Souberbielle, y a-t-il deux justices : une pour le vulgaire des hommes, une autre pour les hommes supérieurs ? Et l'innocence en bas deviendrait-elle crime en haut ? — Bah ! dit le

grossières ne sont pas du domaine de la doctrine, et cependant, elles ont en elles un enseignement qu'il ne faut pas perdre : c'est qu'elles portent également malheur à tout le monde, sans acception de partis. Voici à ce sujet, entre deux époques ennemies, un rapprochement qui m'a toujours frappé :

Au 18 brumaire, le général Bonaparte, haranguant le conseil des anciens, s'entendit objecter la constitution de l'an III : « La constitution! s'écria-t-il avec l'accent de la fureur, la constitution! Osez-vous l'invoquer? Vous l'avez violée au 18 fructidor! vous l'avez violée au 22 floréal! vous l'avez violée au 30 prairial! »

Lorsqu'en 1823, M. de Chateaubriand, ministre des affaires étrangères, publia un manifeste pour préparer les esprits à la septennalité, il répondit à ceux qui lui objectaient la Charte de 1814 : « Le renouvellement septennal ne fera rien qui n'ait déjà été fait; quand on a empiété sur la prérogative royale, la Charte a été violée; quand on a augmenté le nombre des députés, la Charte a été violée. »

Ainsi, que chacun le comprenne, *Tros Rutulusve fuat* : une première infraction devient le principe et l'apologie d'une seconde. La loi est inflexible; il en est d'elle comme du chêne : on peut la rompre, on ne la plie pas. Mais aussi, une fois rompue, elle vous abandonne, et vous ne la retrouvez plus pour vous en faire un appui, sans que quelqu'un vienne vous dire comme en l'an VIII : *Osez-vous l'invoquer?* ou comme en 1823 : *On ne fera rien qui n'ait déjà été fait.*

Il y a un autre retranchement à faire dans cette étude, pour qu'elle soit utile; c'est celui de tous les actes par lesquels le gouvernement de la restauration a suspendu les lois ou s'est dispensé de les exécuter. Aujourd'hui que son arrière-pensée a

juré, il ne s'agit pas de ces argulies, mais de bon sens et de patriotisme. Nous sommes où nous sommes. La république est à une de ces extrémités où le jugement n'est pas une justice, mais un choix. Danton et Robespierre ne peuvent plus s'accorder. Il faut, pour sauver la patrie, que l'un des deux périsse. Eh bien! interroge-toi en bon patriote, et réponds-toi en conscience : Lequel crois-tu le plus indispensable en ce moment à la république, de Robespierre ou de Danton?—Robespierre, répond sans hésiter Souberbielle.— Eh bien! tu as jugé, » répond Topino Lebrun; et il s'éloigne. »

éclaté dans les ordonnances du 25 juillet, il n'y a qu'une observation à faire, une fois pour toutes, sur ceux de ses actes qui ont été conséquents à ce principe; c'est qu'il se croyait au-dessus des lois, et qu'il est tombé pour l'avoir cru. L'étude doit donc porter entièrement sur les actes postérieurs à la Charte de 1830, puisque c'est par elle que la raison légale est devenue exclusive, et ne souffre plus de partage avec la raison politique. Eux seuls peuvent rendre le fonctionnaire perplexe entre deux devoirs qui paraissent se combattre. Les illégalités n'étaient que la conséquence d'un principe *a priori*; aujourd'hui seulement elles peuvent être le résultat d'une lutte entre une loi impérieuse et une nécessité de circonstance.

Après ce retranchement, il reste encore une condition pour que cette étude ne soit pas oiseuse, c'est que la doctrine ne s'exerce, même quant aux actes postérieurs à 1830, que sur ceux où l'on a pu hésiter de bonne foi entre le principe et les circonstances; sur les autres il n'y a rien d'utile à dire. Par exemple, une loi du 19 juillet 1845 ordonne de réduire à trente le nombre des maîtres de requêtes au conseil d'État, et tout aussitôt on les porte à plus de quatre-vingts; violation gratuite de la loi, dans laquelle la politique n'est pour rien; car il ne faut pas appeler de ce nom le désir qu'a un ministre de se faire des créatures; de tous les motifs qui entraînent à un acte illégal, celui-ci est le moins pardonnable. Il convient donc de s'attacher à ceux où il y a conflit entre les deux tendances contraires, et lieu par conséquent à une hésitation raisonnable. Le droit romain a son titre *De rebus dubiis*; le régime constitutionnel peut aussi avoir le sien.

Ce conflit n'est pas toujours où on croit le voir, et, quand on y regarde de près, il est rare qu'il ne s'évanouisse pas. Pour qu'il y ait réellement conflit, il est nécessaire que l'ordre légal n'offre aucune ressource, ni dans une loi faite, ni dans une loi à faire, et qu'un besoin social reste, par sa faute, sans satisfaction possible. Mais on est trop prompt à l'accuser d'insuffisance; il y a là un entraînement auquel on ne résiste pas assez. Notre vanité trouve plutôt son compte à le suppléer par une détermination personnelle, qu'à recourir au droit inépuisable qu'il a de

se modifier lui-même. Une loi du 22 mars 1831 exige que la garde nationale soit remise en activité ou réorganisée, dans l'année de sa suspension ou de sa dissolution; or il y a telle ville où elle n'a été ni remise en activité, ni réorganisée dans le délai de la loi, et la raison politique qu'on en donne a sa gravité : on a craint de fournir des armes à la sédition. D'un autre côté, il est impossible de se dissimuler que la loi est suspendue. Que faire? Corriger la loi par la loi, et lui demander la prorogation d'un délai trop court. On objecte que la discussion publique serait un plus grand mal que celui auquel on veut remédier. Je le nie : les motifs explicites donnés à la tribune en eussent moins dit que le silence n'en laisse supposer. La raison légale était donc la meilleure, et le conflit n'était pas réel.

La loi ne procède pas seulement par mesure directe, mode qui, j'en conviens, serait loin de suffire aux innombrables besoins auxquels elle se doit; elle procède encore par délégation, en chargeant le pouvoir exécutif de veiller pour elle sur une foule de cas qu'elle ne peut ni prévoir ni saisir instantanément, à condition de lui rendre compte. De cette manière, tout se concilie. D'un côté, c'est de la loi que l'on part, c'est à la loi que l'on revient, et le principe est sauf; de l'autre, l'action publique a été prête à temps, et la dette du gouvernement est payée. On trouverait difficilement des hypothèses en dehors de ce procédé. C'est, si je ne me trompe, en matière de douanes, que la première expérience en a été faite. La raison en est qu'il n'y a peut-être pas de matière du domaine de la loi où les circonstances fassent sentir davantage leur empire; pour saisir l'à-propos dans les vicissitudes journalières qui influent sur les droits d'entrée et de sortie, il faut une autorité toujours en éveil et toujours présente. Aussi une loi du 20 floréal an x a t-elle donné au gouvernement le pouvoir d'élever et d'abaisser provisoirement le tarif, à la charge de présenter, avant la fin de la session ou à la session suivante, ces modifications en forme de projet de loi. Des douanes, ce procédé a été étendu aux finances par l'article 152 du budget du 25 mai 1817; le ministre des finances peut, dans les cas extraordinaires et urgents, excéder les allocations du budget, en vertu

d'ordonnances royales qui doivent être converties en lois à la plus prochaine session des chambres : ce sont les principes qui régissent les crédits supplémentaires. C'est un mandat donné par un pouvoir à un autre, et dont celui-ci est comptable. Ce procédé est régulier, et il est peu de cas qu'il n'embrasse. L'usage en serait très-légitime, même hors l'administration des finances.

Il va sans dire que cette délégation est de droit étroit; elle est faite au gouvernement, les lois de l'an VI et de 1817 sont expresses, et non à l'administration, ni aux chefs des différents services dont elle se compose. Les modifications aux tarifs doivent donc se faire par ordonnances ou par des règlements d'administration publique, non par des arrêtés, encore moins par des circulaires. La politique contraire serait un excès de pouvoir que le législateur ne devrait jamais ratifier.

Le droit d'amnistier les délits donne lieu à une de ces questions sur lesquelles les deux idées rivales se rencontrent. L'amnistie est-elle du domaine exclusif de la loi, ou bien se confond-elle avec le droit de grâce, comme n'étant qu'un mode différent de la clémence du prince, comme répondant d'ailleurs à un besoin de sa politique, et peut-elle se déclarer par ordonnance? La cour de cassation s'est décidée pour l'ordonnance par un arrêt du 19 juillet 1830 (1). Voici son motif : « Attendu que ce droit dérive de l'article 58 de la Charte (du droit de grâce), *tel qu'il a été constamment interprété et exécuté.* » Ainsi, à notre grand regret, la cour de cassation ne tire pas du sein même de la question le motif qui la détermine; elle s'en réfère au passé, à des précédents, à une tradition, tranchons le mot, à l'usage : ce qui conduit naturellement à rechercher cet usage qu'elle déclare *constant*, et la recherche donne pour résultat : 1° trois lois accordant des amnisties : du 14 septembre 1791, du 4 brumaire an IV, du 12 janvier 1816; 2° plusieurs décrets impériaux qui, rendus pendant la confusion de tous les pouvoirs dans les mains de l'empereur, sont neutres, comme le seraient des décrets de la Convention; 3° l'acte addi-

(1) Dalloz, 1830, t. Ier, p. 361.

tionnel de 1815, qui fait de l'amnistie une prérogative constitutionnelle; 4° quelques ordonnances royales, notamment celle du 8 mai 1837; 5° enfin, des ordonnances en matière d'eaux et forêts, qui n'ont rien pu remettre que la poursuite appartenant à une administration. En résumé, une constitution, des lois et des ordonnances qui concluent de trois manières différentes, des décrets impériaux et des ordonnances forestières qui ne concluent rien, tels sont les éléments de *cette interprétation constante*, que la cour de cassation donne pour base à son arrêt : sous l'ancien régime, on eût été plus exigeant pour constater un simple usage.

Le changement qu'a subi en 1830 la rédaction de l'article 13 de la Charte, dans le seul but de déclarer que le prince ne peut dispenser de l'exécution des lois, n'a sans doute pas introduit un droit nouveau; à le bien considérer, il n'est qu'une confirmation du droit constitutionnel, fondé sur la division des pouvoirs; mais s'il le confirme, il le resserre; il lui rend son évidence, en le dégageant des fausses doctrines dont on l'avait obscurci; il établit, entre l'époque de 1830 et celle qui l'a précédée, une ligne de démarcation qui coupe en deux la série des précédents, et ne permet pas de joindre les anciens aux nouveaux. La question constitutionnelle d'amnistie ne peut plus s'envisager d'après une tradition avec laquelle elle a rompu; elle doit s'envisager en elle-même, et elle se réduit alors à ces termes : Une ordonnance d'amnistie *dispense-t-elle de l'exécution des lois?* Elle n'en dispense pas, elle fait plus, elle s'y oppose; dans l'ordre légal, l'excès de pouvoir est évident. Pour le sauver, on dérive l'amnistie de la grâce; mais cette dérivation fait violence à la logique; on ne dérive pas d'un principe son contraire, et sous un rapport, l'amnistie est le contraire de la grâce. La grâce intervient après la condamnation, et lorsqu'il n'y a plus de recours possible contre elle, c'est-à-dire quand le juge a rempli son office, et que la loi est satisfaite; la grâce est une manière de confirmer la condamnation; car le condamné qui l'accepte se reconnaît coupable, par la même raison que le débiteur qui accepte la remise de la dette en reconnaît la réalité. L'amnistie, au contraire, s'ac-

c'est-à-dire qu'une décision souveraine avait déjà commencé contre elle l'application du droit commun. Le gouvernement, à qui l'article 13 de la Charte venait récemment de dire qu'il ne pouvait se *dispenser de l'exécution des lois*, m'avait confié un genre de ministère auquel la loi du 20 avril 1810 donne pour objet spécial d'exercer l'action criminelle, et de *surveiller l'exécution des lois* (1), *des arrêts et des jugements*. Dans ces conjonctures, la princesse est arrêtée. Que faire? Jamais peut-être la considération politique ne fut plus impérieuse, ni la raison légale plus pressante; la loi était formelle, le devoir du magistrat évident; je n'étais pas dans cette région élevée du gouvernement, où déjà cependant j'eusse rencontré la défense de l'article 13; j'étais dans une sphère subordonnée, où à la règle constitutionnelle s'ajoutaient les obligations spéciales et inflexibles de ma fonction; en d'autres termes, des deux principes qui se disputaient ma détermination, j'étais l'esclave de l'un, je n'étais pas le juge de l'autre. Ce que j'étais censé savoir, ce que je savais uniquement, c'est que, d'après la Charte, la justice est égale pour tous; que, d'après le code civil, les lois de police et de sûreté obligent quiconque habite le territoire; que, d'après le code d'instruction, le procureur général est tenu de poursuivre toute personne mise en accusation. Si la loi de 1832 avait fait sortir du droit commun l'ancienne dynastie, elle n'avait eu cet effet que sous le seul rapport dont elle s'occupe, pour l'exclure du territoire; elle la laisse dans le droit commun sous tous les autres; explication qui fut donnée et reçue dans la discussion de la loi. La nécessité légale restait donc entière et inévitable; et cependant que de puissance dans la raison politique! Les plus belles théories sur l'égalité civile ne détruiront jamais une vérité de fait : c'est qu'une famille, élevée par une constitution monarchique au-dessus de la condition commune, n'y retombe pas par sa chute, et que, voulût-elle y reprendre une place, elle ne le pourrait plus. C'est une situation indéfinissable, que ni la logique ni aucune règle ne peuvent saisir. Ce n'est pas l'état de paix, car

(1) Art. 45 et 46.

les relations sociales sont rompues; ce n'est pas l'état de guerre, car il n'y a pas deux puissances souveraines de part et d'autre. Elle a laissé en tombant tant de passions dans la société, que la société n'est plus capable d'impartialité à son égard, et qu'elle en devient récusable. Son juge ne se trouverait pas; les idées du droit une fois interverties dans les esprits, la justice criminelle n'obtiendrait aucun de ses deux résultats nécessaires, ni l'expiation, ni l'exemple; l'expiation, puisque la conscience de son crime manque à l'accusé; l'exemple, puisque les imitateurs ou les complices ne verraient dans la peine qu'un martyre. De pareils débats excèdent les proportions naturelles d'un procès, et on ne s'efforcerait pas de les y faire entrer sans briser quelque ressort. La justice ordinaire irait contre sa destination, et causerait un plus grand désordre que celui qu'elle aurait à réprimer, si, contrariant l'action calmante du temps, elle poussait les partis au désespoir, si elle exaspérait leur point d'honneur, et les comprimait au point de les faire éclater. Cela est surtout vrai dans les premières années de l'établissement d'une dynastie : il n'y a pas de raisonnement qui fasse que la punition légale d'un prétendant au trône ne ressemble à une vengeance de prince; la condamnation la plus irréprochable ne laverait pas Élisabeth du sang de Marie Stuart. Il faut laisser au fondateur de la dynastie la gloire de saisir son rival, et de le renvoyer convaincu d'impuissance à la face de l'univers.

Malheur à l'homme d'État que ce langage trouverait insensible! et, le dirai-je? malheur au magistrat qui prendrait sur lui d'en faire la règle de sa conduite! Il n'en faudrait pas davantage pour mettre son devoir en péril. Il n'est pas bon qu'un gouvernement laisse dans cette perplexité la conscience de ceux qu'il emploie. Mais qui l'en tirera? La loi, la loi seule, sans laquelle le bien lui-même se tourne en mal. Le gouvernement le sentit, en rendant l'ordonnance du 8 novembre 1832, dans le but unique d'annoncer un projet de loi : « Il sera présenté aux chambres un projet de loi *pour statuer* relativement à madame la duchesse de Berry. » Ces termes semblaient demander un jugement, non pas à la cour des pairs, mais aux

deux chambres; on crut voir le pouvoir exécutif déférant le pouvoir judiciaire au pouvoir législatif; ce qui eût été une complication d'excès sous le triple rapport du pouvoir déléguant, de celui à qui l'on déléguait, et de la chose déléguée. On s'arrêta dès le premier pas; l'ordonnance resta sans suite, et l'on renonça à la loi, sans s'apercevoir que c'était bien d'elle qu'il fallait se servir, et qu'il n'y avait à changer que le mode d'usage. Ce que la loi du 10 avril 1832 avait fait pour interdire le territoire, il fallait qu'une autre loi le fît pour dispenser de mettre en jugement; il y avait ici quelque chose de plus que la rentrée dans le territoire interdit; des faits étaient survenus, que le droit commun qualifiait crime, et on n'en pouvait sortir une seconde fois que par le même moyen. Un seul article de loi, portant que tout membre d'une des familles exclues du territoire, qui y serait arrêté sous la prévention d'un crime, serait mis à la disposition du gouvernement, sans préjudice des poursuites ordinaires contre les coauteurs ou complices; ce seul article aurait levé tous les doutes, mis toutes les consciences à l'aise, donné à la raison politique le baptême de la légalité, et l'eût fait entrer, à titre de loi, dans le devoir du magistrat.

Ma prétention n'est pas que la loi serve de panacée; la sagesse humaine, quelle que soit sa forme, ne peut jamais être universelle et infaillible à ce point; mais je prétends qu'il est peu d'accidents, qu'il en est beaucoup moins qu'on n'affecte de le croire, auxquels elle ne pourvoie, et que surtout la raison politique ne peut jamais être érigée en principe; le jour où l'on en viendrait là, tout serait perdu.

§ II. — Du crédit public.

Un des effets les plus remarquables du caractère obligatoire de la loi, celui peut-être qui le présuppose le plus nécessairement, et dont le pouvoir absolu est par conséquent le plus incapable, c'est le crédit public. La première condition du crédit est qu'il soit capable de s'obliger. Pour faire de l'État un débiteur aussi étroitement tenu qu'un simple particulier,

il n'a pas suffi d'appuyer la dette sur la loi; la loi, avec sa faculté perpétuelle d'abrogation, ne pouvait pas procurer la garantie ; il a fallu appuyer la loi sur la Charte, qui est à l'abri de l'abrogation par la voie ordinaire. C'est seulement derrière ce double rempart que la dette a trouvé sa garantie. Mais supposez que la Charte s'abroge comme la loi, la garantie s'évanouit; ce sera le monde des Indiens ayant pour base une tortue, qui elle-même n'en a aucune.

Les publicistes de l'ancien régime avaient sur la dette publique (je dis sur la dette publique, et non sur les dettes personnelles du roi) une doctrine curieuse à connaître et qu'on trouve dans le Bret (1). Le Bret se demande *si le roi est obligé de payer les dettes de son prédécesseur, et si, après les changements qui arrivent en une ville, les survenants sont obligés de payer les dettes qui ont auparavant été contractées au nom du public;* à quoi il répond en distinguant les royaumes patrimoniaux, dans lesquels le prince régnant vient à titre d'héritier, et est tenu des dettes de son prédécesseur, des royaumes non patrimoniaux, où son avénement a lieu en vertu de la loi du pays; dans ce cas, il n'est point obligé. Or le royaume de France est plutôt successif qu'héréditaire, d'où la conséquence que les dettes du prince n'y obligent que celui qui les a contractées et ne se transmettent pas au successeur; en d'autres termes, plus le titre auquel il règne est libéral, moins il y a de sûreté pour ses créanciers. « Louis XII, poursuit le Bret, se servit de cette raison pour se défendre contre les créanciers de Charles VIII, qui le voulaient contraindre de payer les dettes de son prédécesseur ; car il leur fit réponse qu'il n'était pas son héritier. » Nous avons vu de nos jours la même doctrine produire les mêmes effets en Espagne, non pas seulement d'un règne à l'autre, mais sous le même règne, et après un simple changement de forme dans le gouvernement. Ferdinand VII, pendant le gouvernement des cortès, fait un emprunt, qui tourne à l'acquit de l'Espagne envers la Hollande et les créanciers de Charles IV; puis Ferdinand, débarrassé des

(1) *De la souveraineté*, liv. IV, chap. x.

cortès par les armes françaises, rentre à Madrid; les prêteurs réclament; il méconnaît la dette.

En France, des gouvernements différents ou ennemis les uns des autres se succèdent, la monarchie constitutionnelle à la monarchie absolue, la république à la monarchie, l'empire à la république; il n'en est pas un qui ne regarde comme le seul moyen de se faire accepter, d'accepter lui-même la dette de celui qu'il remplace. La Constituante ouvre la révolution par cette déclaration solennelle (1) : « L'assemblée s'empresse de déclarer qu'aussitôt qu'elle aura, de concert avec Sa Majesté, fixé les principes de la régénération nationale, elle s'occupera de l'examen de la consolidation de la dette publique, mettant, dès à présent, les créanciers de l'État sous la garde de l'honneur et de la loyauté de la nation française. » Le gouvernement républicain, le plus radical de tous, le plus disposé à rompre avec le passé, à en répudier les charges comme les avantages, résume en une seule toutes les dettes contractées avant lui dans l'intérêt public, sans distinction d'origine; après avoir créé l'unité de la dette, il l'attache, non aux formes fugitives de la politique, mais à la personne éternelle et indéfectible de l'État (2). « Le grand-livre de la dette publique sera le titre unique et fondamental de tous les créanciers de la république; » et ce principe, la république le décrète dans la crise la plus violente de ses besoins, de ses récriminations et de ses dangers.

Comme la loi constitutionnelle peut seule obliger l'État, seule aussi elle rend possible pour lui l'ingénieux moyen de libération imaginé par le docteur Price, l'amortissement. L'amortissement repose sur l'idée d'une caisse particulière, qui constitue, dans l'administration financière, une personne distincte ayant son existence et sa comptabilité propres, son capital inaliénable, achetant des rentes sur l'État, et se substituant, à l'aide d'une véritable novation, aux créanciers originaires, pour se faire payer par l'État les rentes qu'elle a rachetées, se tenant ainsi à l'écart, jusqu'à ce que sa fonction

(1) 17 juin 1789.
(2) Loi du 24 août et 13 septembre 1793.

Digitized by Google

soit accomplie, c'est-à-dire jusqu'à l'extinction de la dette entière; époque où elle rentre, avec le capital qu'elle lui apporte, dans l'administration générale qu'elle libère. Cette séparation de la caisse d'amortissement d'avec la trésorerie, et l'inviolabilité temporaire de son capital, sont choses auxquelles ne saurait atteindre ce pouvoir qu'on appelle absolu, et dont la grande misère est l'impossibilité de se lier, de se poser une limite et de la respecter, de se faire une prohibition, et de ne pas l'enfreindre. Il n'y a que Dieu qui puisse prendre avec lui-même des engagements inviolables, et dans les choses humaines, il n'y a que la loi constitutionnelle qui puisse établir entre l'État et une personne de sa création les véritables rapports de créancier à débiteur. Aussi, est-il à remarquer que l'ancien régime tenta, par l'édit de décembre 1764, de créer une caisse d'amortissement; mais comme un homme obéré qui, dans un bon mouvement, met à part ses épargnes pour se libérer, et cède aussitôt à la tentation d'y porter la main, il réunit, par la déclaration du 10 août 1780, cette caisse à la trésorerie, c'est-à-dire qu'il la supprima.

CHAPITRE III.

DU POUVOIR EXÉCUTIF.

Article 13 de la Charte : « Le roi est le chef suprême de l'État; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. »

Ce texte a été très-diversement interprété.

Les uns n'ont vu dans sa teneur qu'une énumération, par voie démonstrative, des attributions comprises dans le pouvoir exécutif, de telle sorte que tout ce qu'il renferme, commandement des armées, déclarations de guerre, traités de paix,

d'alliance et de commerce, nomination aux emplois, se résume dans ses dernières expressions : règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois. Mais, en ce sens, les dernières expressions eussent suffi, et il n'entre pas dans les habitudes d'une bonne rédaction de lois de se permettre les développements d'un commentaire. La Charte surtout se pique à ce sujet d'une sobriété extrême, et il ne faut pas l'en blâmer.

Les autres distinguent dans ce texte, le découpent, le mettent en pièces, et tirent de son démembrement les conséquences les plus graves pour l'autorité royale et la responsabilité ministérielle. Ils y trouvent le germe de deux autorités (1); l'une, personnelle au roi, appelée prérogative, et qui consiste dans le commandement des armées, dans le droit de convoquer les chambres, de dissoudre celle des députés, de nommer les ministres et de faire grâce; ces actes n'exigent pas, dit-on, l'intermédiaire des ministres; si leur signature est apposée près de celle du roi, c'est pour la légaliser, non pour répondre de l'acte. L'autre autorité, qui est moins de l'essence de la royauté que de sa nature, comme parlent les jurisconsultes, ne s'exerce que par l'intermédiaire des ministres, qui en répondent. Ainsi, dans ce système, autre chose est de nommer les ministres, c'est un acte primitif et essentiel de la royauté; autre chose de nommer aux emplois d'administration publique, c'est un acte de la nature de la royauté, mais qui pourrait s'en détacher.

Nous réservons ici notre pensée sur les actes personnels du roi et sur la responsabilité ministérielle, qui ne pourrait manquer d'en être modifiée; nous nous expliquerons à ce sujet aux chapitres du prince et des ministres, sur lesquels notre plan ne nous permet pas d'anticiper. Mais, sous cette réserve, voici quel est, à nos yeux, le sens de l'article 13.

Il procède à la vérité par énumération et d'une seule teneur; mais il n'en renferme pas moins des éléments qu'il ne faut pas confondre : 1° le chef de l'État; 2° la prérogative; 3° le pouvoir exécutif.

(1) *Cours de droit public*, par M. Laferrière, p. 44.

Il y a le chef suprême de l'État, dénomination qui n'implique encore aucune des attributions précises que nous allons étudier dans la division du pouvoir. A ce titre, le roi représente le principe monarchique, occupe le trône héréditairement, et le rend inaccessible aux ambitions privées. Cette occupation du trône, indépendamment de tout ce qui va s'y rattacher, est, à elle seule, un bienfait, comme garantie d'ordre et de paix, et porte en elle une suprématie qui méritait d'être exprimée. Ce rapport de la royauté est celui qui extérieurement frappe le plus les sens, et auquel nos mœurs rattachent l'idée de la puissance et la splendeur du rang suprême.

Il y a la prérogative : ici nous entrons dans le partage du pouvoir; la prérogative est une sorte de préciput fait au roi dans ce partage. Si l'on s'était borné à dire que sa charge était de pourvoir à l'exécution des lois, on aurait pu en conclure qu'il ne pouvait rien faire dans aucune occurrence, que moyennant une loi préalable; et cependant le gouvernement a de ces affaires, dont l'expédition demande unité, promptitude, à-propos, secret, et dans lesquelles l'expérience a démontré qu'il était impossible de débuter par une loi, telles que le commandement des armées, les déclarations de guerre, les traités de paix, d'alliance et de commerce. Ajoutez que chacune de ces mentions a sa raison particulière : le droit de commander les armées n'était pas sans objection; celui de déclarer la guerre a été vivement contesté; les traités de paix et d'alliance sont encore aujourd'hui l'objet de certaines restrictions. Il n'y a pas jusqu'au droit de nommer aux emplois qui n'ait eu besoin d'une mention expresse; il se trouvait, pour certaines fonctions, en concurrence avec le système électif, et il fallait dire qu'il appartenait au roi; on aurait bien pu arriver à toutes ces conclusions par le seul raisonnement; mais elles présentaient toutes une question à résoudre, une incertitude à fixer, et un texte était nécessaire.

Enfin il y a le pouvoir exécutif proprement dit, dont l'objet est de procurer l'exécution des lois. Ici, il n'y a plus de doute : la loi est le premier acte, l'ordonnance n'est que le second, et

l'interversion de cet ordre serait la confusion de tous les pouvoirs.

La ressemblance du pouvoir exécutif avec la prérogative est assez grande pour qu'on se soit demandé si la distinction était réelle, si les ordonnances qui pourvoient directement à l'exécution d'une loi sont d'une autre nature et se régissent par d'autres principes que celles par lesquelles s'exerce la prérogative. Il ne serait pas, en effet, impossible de les faire toutes rentrer dans le pouvoir exécutif, en montrant qu'elles ont toutes également la loi pour principe ou pour contrôle. Le roi n'a sans doute pas besoin d'une loi pour déclarer la guerre, ni pour faire la paix, ni pour contracter une alliance; mais, après avoir ainsi usé de sa prérogative, force lui sera de revenir à la loi, pour sanctionner l'usage qu'il en aura fait; car elle a le dernier mot, puisqu'elle dispose des hommes et de l'argent. Tout bien considéré, le pouvoir exécutif et la prérogative ne diffèrent en réalité que par l'ordre chronologique : l'un suit la loi, l'autre la devance; le premier se conforme à sa volonté promulguée, la seconde anticipe sur elle; ici, le prince a l'initiative, sauf ratification; là, il doit attendre. Mais, de toute manière, c'est de la loi que l'on part, et à la loi que l'on revient.

Cette différence, qui se réduit à une circonstance de temps, ne mérite pas que nous lui assignions une division particulière; nous comprendrons la prérogative dans le pouvoir exécutif, et nous leur appliquerons à tous les deux des principes communs.

Nous verrons bientôt le pouvoir exécutif se bifurquer en deux branches, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et nous offrir, dans ses divisions mêmes, de graves sujets de méditations; mais avant qu'il se divise, considérons-le en lui-même; tenons-nous d'abord dans cette région supérieure où le gouvernement, conservant son nom et son action propre, et opérant par voie d'ordonnance, n'est point encore descendu dans le domaine de l'application immédiate par l'administration et la justice. Ainsi envisagé au premier moment où il sort de sa source, il a des rapports de voisinage

qu'il faut étudier. Nous le ferons mieux connaître en montrant ses limites qu'en dissertant sur sa nature et en les déterminant plutôt par des exemples que par des théories.

L'objet que nous nous proposons dit assez que nous n'entrerons pas dans la distinction des différentes espèces d'actes qui émanent du pouvoir exécutif; que, par exemple, l'acte du pouvoir exécutif reçoive la signature royale sur la simple proposition d'un ministre, et s'appelle ordonnance, ou qu'il se délibère préalablement dans le sein du conseil d'État, et prenne le nom de règlement d'administration publique, peu importe à notre sujet; ces mesures intérieures dans le domaine d'un même pouvoir sont plutôt du droit administratif que du droit constitutionnel; l'ordre que chaque pouvoir établit chez lui, l'engagement qu'il prend avec lui-même de régler certaines matières de sa compétence d'après tel mode, sont étrangers aux autres pouvoirs; il peut se promettre de ne point déroger par l'ordonnance au règlement d'administration publique, sans que ses voisins soient menacés d'empiétement, et il n'y aurait aucun obstacle constitutionnel à ce que l'ordonnance dérogeât au règlement.

Les limites de tout pouvoir ont un double objet; elles sont pour lui et contre lui; elles le protégent et le contiennent; elles empêchent ses excursions et le défendent contre l'invasion. L'excès de pouvoir doit donc s'envisager sous deux rapports, comme venant du pouvoir exécutif, et comme tenté ou consommé contre lui.

§ Ier. — Des empiétements du pouvoir exécutif.

Le pouvoir exécutif sort de ses limites, soit par des incursions sur le pouvoir constituant, législatif ou judiciaire, soit dans des traités avec les puissances étrangères.

Le plus menacé des pouvoirs qui l'avoisinent n'est pas le pouvoir judiciaire : là ne sont pas ses plus grandes tentations. La distinction du pouvoir judiciaire d'avec ceux qui l'environnent est celle de toutes qui a le plus facilement passé des lois dans les mœurs; la sûreté des personnes et la propriété des biens

qu'il a pour mission de protéger sont des droits naturels dont l'usurpation n'a que des périls sans dédommagements. Le despotisme pur tente aujourd'hui peu d'ambitions, et on laisse volontiers les tribunaux en possession tranquille de régler le tien et le mien : le scandale causé par les rares empiétements de ce genre prouve assez combien ils blessent la conscience publique. L'acte du gouvernement impérial qui a annulé, le 28 août 1813, la déclaration du jury de Bruxelles, portant que des accusés n'étaient pas coupables, est une de ces taches pour lesquelles la postérité est inflexible, et quoiqu'il ait la forme d'un sénatus-consulte, il n'en faut pas moins le mettre sur le compte du pouvoir exécutif. L'empereur en avait expédié l'ordre de Dresde ; l'obéissance zélée du sénat n'avait fait qu'y répondre, et le mal est plus imputable au maître qui commande, qu'à l'esclave qui obéit. Leçon mémorable ! Huit mois plus tard, en avril 1814, ce même sénat prononçait la déchéance de l'empereur, et mettait au nombre de ses griefs contre lui *la confusion des pouvoirs*, dont il venait de se rendre l'instrument si docile. La restauration a aussi laissé un souvenir de cette espèce. Une ordonnance du 29 août 1815 a condamné le maréchal Moncey à la peine de trois mois d'emprisonnement, pour avoir refusé de présider le conseil de guerre où devait être traduit le maréchal Ney. Mais ces exemples, qui restent dans l'histoire, ne disent rien à la doctrine.

Le péril est ailleurs. Les grands pouvoirs de l'État sont un objet perpétuel de convoitise pour celui dont la mission est de les réduire en actes, et qui dispose de tous les moyens d'action : c'est de ce côté que l'excès de pouvoir obsède le cœur humain de toutes ses séductions. L'empereur n'avait pas besoin d'être séduit. Dès 1806, il commença, par l'établissement des tribunaux maritimes, cette longue série d'usurpations qui ne finit qu'à sa chute. Ainsi, la constitution qui avait organisé avec le plus d'appareil un corps gardien des limites, un tribunat pour dénoncer le transgresseur, un sénat pour le réprimer, la constitution de l'an VIII est précisément celle qui a le plus promptement disparu dans la confusion de tous les pouvoirs ; c'est que l'opposition constitutionnelle, force purement morale, ne peut

être l'objet spécial d'une fonction publique, et qu'on n'en fait un corps à part que pour la maîtriser. Quand le corps chargé de porter la parole se tait, personne ne la prend, et son silence équivaut à une ratification : grâce à cette ruse, le gouvernement le mieux gardé a, en moins de trois ans, entièrement cessé d'être constitutionnel. Quand les malheurs de la patrie eurent rompu le charme, on sait ce qu'il avint des décrets usurpateurs. Pendant que le sénat prononçait la déchéance, en alléguant la confusion des pouvoirs, la cour de cassation déclarait obligatoires les décrets mêmes d'où la confusion était provenue, c'est-à-dire qu'on rejetait la personne à cause des actes, et qu'on gardait les actes : était-ce une inconséquence? Cette question vaut la peine qu'on l'examine.

Les motifs qui ont déterminé la cour de cassation peuvent se réduire à ceux-ci (1) : « Les décrets obtenaient force de loi, si, après avoir été promulgués en la forme ordinaire, ils n'étaient pas dénoncés par les corps politiques chargés, soit de concourir à la confection des lois, soit de veiller au maintien de celles qui fixaient les limites des pouvoirs...; la force des choses et l'intérêt social ont fait consacrer ce principe, reconnu par tous les pouvoirs, et sans lequel, jusqu'à ce qu'il y ait été pourvu par des dispositions nouvelles, la société resterait désarmée. » Il y a là deux ordres différents d'idées : la validité intrinsèque des décrets non annulés par le sénat, et l'intérêt suprême de la société qui ne veut pas que les services publics tombent dans l'anarchie ; en d'autres termes, la raison constitutionnelle, et la raison sociale. Prenons chacune d'elles séparément.

Il y a, je le sais, sur la raison constitutionnelle, un préjugé très-accrédité, mais qui n'en est pas moins un préjugé ; c'est que tout décret impérial non annulé est obligatoire, et que l'inaction du sénat a rendu constitutionnel l'acte qui ne l'était pas. L'erreur provient d'une fausse manière d'entendre le droit d'annulation donné au sénat sur la dénonciation du tribunat, et a eu pour effet de l'étendre de l'ordre politique à l'ordre judi-

(1) Je les prends, entre autres arrêts, dans ceux du 6 juillet 1827 et du 26 avril 1828.

ciaire. Autre chose est annuler un acte, exercer sur lui, à un titre supérieur, une censure directe et irritante qui le mette au néant; autre chose refuser de l'appliquer aux personnes, quand il établit un impôt ou qu'il prononce une peine; dans le premier cas, c'est un procès fait à l'acte, c'est une action offensive, spontanée, indépendante de tout litige, dont le but est de venger un principe; dans le second, c'est une autorité à qui certaines condamnations ne sont permises qu'en vertu d'actes d'un certain caractère, et qui, ne trouvant pas la condition de rigueur dans l'acte qu'on lui présente, refuse la condamnation demandée, et elle la refuse dans la seule limite de ses devoirs, par la seule force d'inertie dont elle est douée, sans annuler l'acte, sans le juger, et en le laissant pour ce qu'il vaut. Ce droit d'apprécier l'acte qu'on le sollicite d'appliquer est de l'essence du pouvoir judiciaire : c'est le discernement même de ses devoirs, et le lui ôter, ce serait le détruire. Il l'a possédé de tout temps; il l'exerçait autrefois sous la forme de l'enregistrement des édits; il l'a eu d'une manière plus certaine sous le régime de la division des pouvoirs, avant, pendant et depuis l'époque impériale. L'attribution faite au sénat par la constitution de l'an VIII était une précaution mal entendue, si l'on veut, mais enfin une précaution ajoutée à celles du droit commun ; elle n'avait point pour objet de modifier les devoirs du juge, et si elle cachait quelque arrière-pensée de cette nature, est-ce à nous de nous en rendre les exécuteurs? Or, c'est sous ce rapport que la jurisprudence envisage le droit du sénat; c'est pour en conclure que l'annulation politique n'ayant point eu lieu, l'application judiciaire est devenue forcée : induction d'autant plus à regretter, qu'un des premiers soins de l'empereur a été d'effacer l'institution dont on la tire. Le sénat ne pouvait annuler l'acte que sur la dénonciation du tribunat; il n'était par lui-même qu'un corps inerte, sans initiative, et le tribunat, dernier organe de l'autorité politique dont l'impulsion lui était nécessaire, fut supprimé dès 1807. Quand on a une fois admis que le silence du sénat force la main aux tribunaux, on peut, ce premier pas fait, concevoir qu'une présomption de constitutionnalité a couvert les vices des décrets impériaux, tant que le corps chargé du contrôle constitutionnel

a subsisté; mais après sa désorganisation, quand le droit d'annuler a péri avec le droit de dénoncer, son corrélatif nécessaire, persister encore dans la présomption de constitutionnalité, c'est interpréter le silence d'un muet. A dater de 1807, les décrets impériaux, entachés d'excès de pouvoir, n'ont donc différé en rien des actes de cette espèce, que l'on présente au libre examen des tribunaux. Ajoutez que si la constitution de l'an VIII ne donnait que dix jours pour dénoncer les actes du pouvoir législatif, elle ne fixait aucun délai pour dénoncer ceux du pouvoir exécutif; de manière qu'au dernier moment de l'empire, les décrets n'étaient protégés par aucune déchéance contre l'action du tribunat, si elle eût été encore possible. Il est donc permis de douter que la raison constitutionnelle soit concluante.

Quant à la raison sociale, c'est autre chose.

Il y a des maux tellement profonds et invétérés, qu'ils en deviennent respectables. Quand l'excès de pouvoir a envahi l'administration tout entière, et qu'on ne saurait plus l'en arracher, sans tout déchirer autour de lui, ne vaut-il pas mieux le laisser à sa place que de venger un principe aux dépens de l'ordre, et de détruire la règle, en haine de son origine? C'est ce qu'a pensé la cour de cassation; elle a proclamé la nécessité des décrets, plus que leur légalité; en quoi elle s'est peut-être laissé toucher par une considération plus législative que judiciaire. La raison constitutionnelle était dans le domaine du juge, mais elle concluait mal; la raison sociale échappait à son appréciation, mais elle était décisive. Sans contredit, il eût été plus régulier de maintenir les décrets par une loi; la loi les eût purgés de leur vice, et satisfait à la fois à l'ordre et au principe; on eût imité le sénat romain qui, après la mort de César, déclara valable tous les actes du dictateur, sur la proposition de Cicéron; car il paraît que de tout temps l'excès de pouvoir a été du goût des héros. Mais la cour de cassation a emprunté sa compétence de l'occasion; elle s'est trouvée sur la route que suivait cette question transitoire, et elle l'a résolue au passage. C'était bien un peu remplir l'office du sénat impérial, et même se mettre en contradiction avec son dernier et plus éclatant manifeste, en absolvant ce que le sénatus-consulte de 1814 avait

très-énergiquement condamné. Mais, en résultat, la cour de cassation a fait incompétemment une chose utile, et sa jurisprudence est restée moins comme doctrine que comme expédient, à condition de ne pas tirer à conséquence. C'est en ce sens que nos observations doivent être prises; leur seul but est de rectifier un des motifs de la jurisprudence, et de faire des réserves pour l'autre.

On a demandé si, le décret usurpateur étant maintenu par la jurisprudence, l'ordonnance pourrait aujourd'hui le modifier dans ses détails réglementaires. Elle ne le pourrait pas, s'il s'agissait d'une loi telle que nous l'entendons; car la loi communique son caractère à tout ce qu'elle s'approprie. En est-il de même du décret?

M. Merlin (1) a, sur les actes de la Convention, une doctrine pleine de justesse qu'il importe de rappeler; il recherche parmi les nombreux décrets rendus sous les constitutions antérieures à celle de l'an VIII, ceux auxquels convient ou ne convient pas la dénomination de lois proprement dites : « Par exemple (c'est lui qui parle), la Convention nationale faisait certainement une loi proprement dite, lorsque, par son décret du 3 brumaire an IV, elle réglait la forme de procéder en matière criminelle. Mais, quand elle ordonnait, par son décret du 27 frimaire an II, que l'imprimerie de la ci-devant administration de la loterie serait conservée sous le titre d'*Imprimerie des administrations nationales*, et qu'elle serait chargée de toutes les impressions concernant le service des départements du ministère, la Convention nationale ne faisait qu'un acte d'administration. Aussi le directoire exécutif n'a-t-il pas hésité, en brumaire an IV, à supprimer cette imprimerie, et à en réunir les attributions à celle qui porte aujourd'hui le nom d'*Imprimerie impériale.* » Ces principes sont applicables au gouvernement impérial, et à tous ceux sous lesquels la confusion des pouvoirs, dans les mains de plusieurs ou d'un seul, est aujourd'hui regardée comme un fait accompli, sur lequel on refuse de revenir. Quand le gouvernement redevient régulier et que la division des pouvoirs se

(1) *Répertoire*, v° *Loi*, § 2, n° 3.

rétablit, chacun d'eux a le droit de discerner et de reprendre dans le chaos la part qui lui est dévolue. Tous les actes sortis de la confusion ne sont pas nécessairement législatifs, et chacun d'eux doit s'apprécier, non d'après son origine, mais d'après sa nature propre qu'il ne perd jamais, et il est vrai que les mesures de simple exécution, quoique prises par un décret impérial, rentrent aujourd'hui de plein droit dans le domaine de l'ordonnance.

Cela est sans difficulté, quand le décret ne contient que des dispositions réglementaires, et correspond exactement à l'ordonnance; mais quand il se mélange de dispositions législatives, n'en est-il pas de lui comme de la loi qui juge à propos de régler sa propre exécution? La difficulté est grave, et cependant il faut la résoudre en faveur de l'ordonnance. L'assimilation n'est pas exacte entre la loi constitutionnelle et le décret usurpateur; quand la première dispose, elle a au-dessous d'elle un pouvoir exécutif distinct, auquel elle peut laisser sa part; mais, lorsque pouvant se dispenser de remplir sa tâche, elle ne s'en dispense pas, et qu'elle s'en acquitte elle-même, c'est qu'elle le juge à propos; il y a là une intention qu'il faut respecter, et qui est de donner aux mesures d'exécution un caractère qu'elles ne tiendraient pas de l'ordonnance (1); au lieu que le décret impérial, n'ayant aucune raison de rien réserver pour personne, a pu mêler tout, puisqu'il pouvait tout, et placer un détail réglementaire à côté d'un principe législatif, sans qu'il y ait rien a en conclure; on n'est pas obligé de lui reconnaître la même intention qu'à la loi usant du même procédé. L'ordonnance peut donc changer ce qu'il contient de réglementaire.

En résulte-t-il que l'ordonnance du 7 décembre 1845, sur le conseil royal d'instruction publique, ait compétemment modifié le décret de 1808 sur l'université? Nous le croyons; le décret de 1808 avait, à la vérité, plus grossièrement usurpé que les autres, puisqu'il se permettait de faire ce que la loi du 10 mai 1806 avait ordonné de faire sous la forme d'une loi,

(1) M. Foucart est d'un avis contraire.

dans la session de 1810; mais une usurpation plus grossière n'est, après tout, qu'une usurpation, qui est couverte par la jurisprudence.

Pourquoi n'en a-t-il pas été des dernières ordonnances de Charles X comme des décrets de Napoléon? La différence n'a pas sa raison dans les principes, qui étaient les mêmes sur la division des pouvoirs. Les ordonnances de 1830 n'étaient pas plus inconstitutionnelles que le décret de 1810 sur les prisons d'État, et cependant l'usurpation de Napoléon a duré huit ans, de 1806 à 1814, celle de Charles X trois jours; il a fallu que la force qui devait renverser la première vînt du dehors; celle qui a renversé la seconde est venue du dedans. Mais les décrets, qui détruisaient tant de choses, en avaient beaucoup organisé; les ordonnances détruisaient tout et n'organisaient rien; c'était un désordre sans compensation; leur annulation ne faisait aucun vide, et était au contraire une véritable restauration. La constitution de l'an VIII avait créé un mode officiel d'opposition, qu'il suffisait de maîtriser pour amortir l'opposition réelle, comme le fil conducteur détourne la foudre, et la nation a laissé faire; la Charte de 1814 n'a rien ôté de son ressort à l'opinion publique; elle n'a point monté l'opposition comme un mécanisme, et la nation s'est protégée seule.

Le pouvoir exécutif n'empiète pas seulement par la voie directe de l'ordonnance; il empiète aussi par la voie indirecte d'un traité de paix, d'alliance et de commerce, et l'excès de pouvoir se complique alors d'une difficulté de plus, qui peut le rendre irrémédiable. Tant que le vice reste dans un acte émané uniquement de la souveraineté française, il a son correctif dans les moyens ordinaires d'abrogation ou d'annulation dont cette souveraineté dispose; mais quand il passe dans une convention avec une autre puissance, il devient clause d'un contrat; le remède ne dépend plus seulement du droit national; il n'est possible qu'avec le concours d'une volonté étrangère; et le retour à l'ordre constitutionnel ne se fait qu'au prix de douloureux sacrifices, y compris quelquefois celui de la paix. La diplomatie, qui n'est que le pouvoir exécutif agissant en dehors, a la même mesure que le pouvoir exécutif au dedans,

et il ne lui suffit pas de passer la frontière pour changer de loi.

Ce principe, aujourd'hui certain, n'a point été reçu sans contestation. On a soutenu sous la restauration que le prince, capable de conclure un traité, l'était par cela même de souscrire indistinctement toutes les clauses nécessaires à sa conclusion, et que, pouvant la fin, il devait pouvoir les moyens. C'est la théorie qui a présidé à l'ordonnance du 17 avril 1825, par laquelle Charles X concède aux habitants de Saint-Domingue l'indépendance de leur gouvernement, c'est-à-dire aliène une colonie française, moyennant une indemnité de cent cinquante millions. La loi qui est survenue plus tard, le 30 avril 1826, n'a pas eu pour objet, comme on pourrait le croire, de ratifier cet usage exorbitant de la prérogative; une ratification eût supposé l'excès de pouvoir; mais elle traita l'ordonnance de 1825 comme un acte valable, et se suffisant à lui-même; elle se borna à régler la répartition de l'indemnité, en quoi elle s'accusait elle-même d'inutilité; car si l'ordonnance avait eu la capacité d'aliéner, à plus forte raison pouvait-elle disposer du prix. La question a subi deux fois un nouvel examen depuis 1830, à l'occasion de l'emprunt grec, le 14 juin 1833, et de l'indemnité de vingt-cinq millions accordée aux États-Unis, le 14 juin 1835. Dans chacune de ces occasions, le traité avait devancé la loi, et consenti définitivement des stipulations financières; ce qui était un véritable tort, que la ratification législative, survenue après coup, n'a pas fait disparaître. Mais, à la différence de la loi de 1826 sur Saint-Domingue, celles de 1833 et de 1835 sur l'emprunt grec et l'indemnité des États-Unis *autorisent l'exécution* des traités, donnant ainsi à entendre que, réduits à eux-mêmes, les traités n'auraient point été obligatoires (1). La doctrine fut exposée,

(1) En 1815, un traité, non ratifié par la loi, a cédé à la Prusse le département du Mont-Blanc et la forteresse de Landau. Ce traité ne s'explique que par la force majeure, et n'établit pas un principe. Le principe contraire était constant sous l'ancien régime. En 1358, les états généraux refusèrent de ratifier les cessions de territoire consenties pendant la captivité du roi Jean. En 1506, ils annulèrent une concession de même nature faite par Louis XII à Maximilien; en 1526, même résistance à la cession de la Bourgogne faite à Charles-Quint par François Ier; l'ordonnance de 1566 déclarait le domaine inalié-

en 1835, par le rapporteur, M. Dumon, avec une précision judicieuse, qui fait à chacun sa part; voici ses paroles : « La Charte donne au roi le droit de faire des traités de paix, d'alliance et de commerce. La Charte donne aux chambres, et, en premier lieu, à la chambre des députés, le vote de l'impôt, et par une conséquence necessaire, celui des dépenses publiques. La prérogative royale et la prérogative parlementaire sont distinctes et séparées; elles se limitent l'une l'autre; elles n'empiètent pas l'une sur l'autre. S'agit-il d'un traité qui ne renferme aucune clause financière à la charge de l'État, le traité conclu sans l'intervention des chambres s'exécute sans leur concours; s'agit-il d'un traité qui renferme une clause financière à la charge de l'État, le traité est conclu, lorsque le roi l'a signé sous le contre-seing d'un ministre; mais les mesures financières d'exécution dépendent d'un vote législatif... Toutefois, il ne faut pas se le dissimuler, un refus serait un événement grave; mais ce n'est pas un motif de nier le droit; c'est un motif d'en user rarement, et lorsque la grandeur du mal dépasse les dangers du remède... Si les chambres doivent user de leur droit avec réserve, ce droit n'en est pas moins assuré. On ne peut le méconnaître, on ne doit même pas l'oublier. La réserve en eût donc été convenablement écrite dans le traité de 1831. Sans doute, elle n'ajoute rien au droit des chambres; car il existe, sans être exprimé; mais elle assure mieux la liberté de leurs délibérations, et préserve, en cas de dissentiment, la dignité de la couronne. » Le conseil est sage et bon à suivre. Dans la pratique, il est rarement possible de débuter par l'autorisation législative, et de se faire habiliter d'avance à négocier; il serait peu convenable de mettre les chambres en mouvement pour un projet, subordonné à une volonté étrangère; mais la réserve pourvoit à tout; elle permet à la négociation de suivre son cours, et elle avertit la partie contractante qu'on ne se présente à elle qu'avec une capacité limitée par la constitution du pays.

nable, et à plus forte raison le territoire national. *A fortiori*, un traité ne pourrait disposer d'une propriété privée, puisque la loi elle-même ne le pourrait que pour utilité publique, et moyennant une indemnité préalable.

Cette doctrine n'est pas vraie seulement d'un traité qui renferme une stipulation financière à la charge de l'État; elle l'est aussi de tout traité qui implique une modification à une loi nationale.

C'est, par exemple, un principe de droit public, essentiel à la souveraineté, que nous lisons dans l'article 3 du code civil; « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Ce principe a été violé dans les *Capitulations suisses*, sorte de traité par lequel le gouvernement de la restauration a pris à sa solde une troupe connue sous le nom de régiment de Hohenlohe, avec la clause qu'elle s'appliquerait elle-même, dans l'intérieur du royaume, la législation pénale de son pays. Ce genre d'excès de pouvoir n'est plus possible, depuis que la Charte ne permet d'admettre au service de l'État aucune troupe étrangère qu'en vertu d'une loi, et que la loi du 9 mars 1831 défend d'employer la légion étrangère dans l'intérieur du royaume.

C'est encore un principe dérivant de la même source qui a été sacrifié dans les fameux traités 1831 et 1833 sur le droit de visite. La loi française donne à certains officiers le pouvoir de se faire ouvrir le domicile des personnes prévenues de crime, et de les mettre en arrestation; elle est tellement avare de ce dernier, qu'elle ne permet pas de le déléguer, même à un officier du même ordre dans un autre arrondissement (1). C'est ce pouvoir que les traités délèguent à l'agent d'un gouvernement étranger; c'est ce pouvoir, dis-je, et non un autre; c'est la police judiciaire, cet attribut de la souveraineté; c'est bien elle avec tous ses caractères distinctifs; aucun n'y manque. L'objet de la recherche est un crime, car la traite des noirs est ainsi qualifiée par la loi du 4 mars 1831; les moyens de la recherche sont ceux de l'instruction ordinaire : perquisition, enquête, interrogatoire, procès-verbaux, arrestation; le lieu de la recherche est le territoire français; car un navire, même de commerce, est la continuation du territoire, et son propriétaire y est chez lui. Le seul moyen que l'on ait trouvé d'échapper à

(1) Art. 283 du code d'instruction.

Digitized by Google

cette identité parfaite de la mesure, c'est de nier la fiction tutélaire du droit des gens, qui fait du navire la continuation du territoire, ou au moins de nier que ses conséquences aillent jusqu'à le protéger dans cette occurrence, en d'autre termes, de *dénationaliser* le navire. Si les traités ne peuvent se justifier qu'à ce prix, leur justification serait une calamité. Que la traite soit abolie! c'est le vœu de tous; mais qu'elle ne le soit point aux dépens de nos lois! Je nie qu'il y ait une opposition réelle entre l'intérêt bien entendu de l'humanité et l'intérêt légitime d'une grande nation, surtout quand cette nation s'appelle la France. Mais si je me trompais en cela, s'il me fallait opter, je le déclare : je ne me croirais pas obligé envers le genre humain, au point de lui sacrifier mon pays; celui-ci serait le premier dans l'ordre de mes affections et de mes devoirs. Le patriotisme, dans les limites du juste, est la meilleure philanthropie; et si les amis des noirs, dont je ne prétends point me séparer, faisaient la faute de nous réduire à une option que je crois absurde, jamais ils n'auraient mis leur grande et pieuse entreprise à une épreuve plus dangereuse.

Le pouvoir exécutif a si bien franchi sa limite, en souscrivant les traités de 1831 et de 1833, qu'on pourrait se demander si le pouvoir législatif lui-même n'eût pas dépassé la sienne en les ratifiant. Certainement il en eût atteint le point extrême.

§ II. — Des empiétements sur le pouvoir exécutif.

Le pouvoir exécutif n'a pas toujours l'offensive, quoiqu'à vrai dire, dans les gouvernements monarchiques, les plus grands dangers viennent de lui; mais il y a des péripéties où l'esprit démocratique le resserre à l'excès dans les entraves de la loi, et le réduit à la défensive; il faut le secourir, comme il a fallu le contenir; l'équilibre des pouvoirs n'est qu'à ce prix.

Continuons à raisonner sur des exemples : la doctrine, tirée des faits, n'en est que plus sûre, et les leçons de l'histoire ne sont pas suspectes d'utopie. Aussi bien, au point où nous en sommes du régime constitutionnel, qu'avons-nous de mieux à faire qu'à recueillir et à classer les résultats de l'expérience?

Le droit de déclarer la guerre, de faire des traités de paix, d'alliance et de commerce, a été tour à tour, pour le pouvoir exécutif, l'occasion d'empiétements de sa part et d'empiétements à son encontre; par la même brèche qu'il a pratiquée pour faire excursion chez les autres, les autres sont entrés chez lui.

Rien de plus instructif que les phases de notre législation sur le jugement des prises maritimes. Il est bien entendu que l'on enlève au pouvoir exécutif la liberté de son action constitutionnelle, si le soin de statuer sur la validité des prises est remis à une autorité indépendante, qui ait ses règles propres, et dont chaque décision risque de traverser les opérations de la guerre, de rompre une alliance, de blesser une puissance neutre; il faut que la même pensée préside aux relations extérieures et à la jurisprudence sur les prises. La raison pratique est évidente; la raison de droit ne l'est pas moins. L'armement en course est un mode de la guerre, et l'armateur est le délégué du pouvoir qui la fait. Qui décidera si elle a été faite dans l'esprit de la délégation, sinon le pouvoir déléguant? Il ne s'agit ici ni de droits civils ni de droits naturels, mais d'une délégation bien ou mal exécutée; ce n'est donc pas un juge proprement dit qu'il nous faut, statuant d'après des principes immuables, mais de véritables commissaires appliquant les règles qu'on leur communique, et qui peuvent varier d'un jour à l'autre. L'idée contraire a cependant prévalu dans les premières guerres de la révolution; un décret du 14 février 1793 a attribué la connaissance des prises à la juridiction ordinaire; deux lois du 8 floréal an IV, et du 27 ventôse an VI, ont confirmé cette attribution; mais les vrais principes furent rétablis sous le consulat par Cambacérès et Portalis, et l'arrêté du 6 germinal an VIII créa le conseil des prises.

Toutefois nous ne ferons cette restitution au pouvoir exécutif qu'en l'accompagnant d'un reproche, au risque de nous montrer formaliste à l'excès, car il y a des scrupules qu'il ne faut jamais craindre d'exagérer. Le pouvoir exécutif a repris son bien sans doute, mais il a repris, par un arrêté consulaire, ce qui lui avait été enlevé par une loi, et il y a irrégularité

jusque dans cette manière de se faire justice. Nous ne hasarderions pas cette critique, s'il n'avait été dépossédé que par le décret de 1793, rendu pendant la dictature de la Convention; les actes d'un pouvoir qui a usurpé tous les pouvoirs ne sont pas indistinctement des lois; mais des lois formelles ont répété sa disposition depuis que les pouvoirs se sont divisés de nouveau, en l'an IV et en l'an VI, et l'arrêté consulaire de l'an VIII a donné un exemple qu'il ne serait pas bon de suivre aujourd'hui.

Nous avons un sujet d'études non moins intéressant dans deux autres textes de la Charte : « Art. 23. La nomination des pairs appartient au roi. » — « Art. 13. Le roi... nomme à tous les emplois d'administration publique. » On a demandé si le droit de nomination était absolu; ou si des conditions pouvaient y être mises, et par qui? A ne consulter que la logique, le choix et les motifs du choix appartiennent à la même personne; en toutes choses, notre liberté d'agir implique le discernement des raisons qui nous déterminent, et si ce discernement est gêné ou nous est enlevé, notre liberté diminue ou disparaît. Le droit de nomination donné au roi ne peut donc être restreint que par le pouvoir qui l'a donné; car, qui peut restreindre le droit peut le rendre illusoire ou impossible, et même le retirer. On a dit que les précautions de la loi laissaient intact le droit donné par la Charte, puisque après tout c'était le roi qui nommait; sophisme; si le droit est pur et simple dans la Charte, et conditionnel dans la loi, le droit n'est plus le même. Je comprends que les précautions de la loi aient le but très-louable de combattre les abus de la faveur, l'intrigue, le népotisme; mais quand on a donné la nomination au roi, apparemment on a supposé qu'il en ferait un juste usage; celui qui se charge d'être juste à sa place se substitue à lui; il peut pousser les précautions jusqu'à ne lui laisser que la signature de l'ordonnance, et soutenir encore que le droit de nomination est respecté.

Cela posé, revenons sur nos précédents depuis 1830; ils embrassent à la fois et des lois que l'on a faites, et des lois que l'on veut faire; c'est un commencement de jurisprudence constitutionnelle; on va juger par leur rapprochement la progres-

sion que les idées ont suivie, et si leur tendance n'est pas de franchir la limite.

Une loi du 29 décembre 1831 a tracé le cercle dans lequel le roi était tenu de faire ses choix pour la pairie. Mais cette loi est l'œuvre de cette législature de 1831, qui tenait d'une délégation expresse de la Charte le droit de reviser son article 23. C'est le pouvoir constituant qui modifie en 1831 sa concession de 1830: *Deus dedit, Deus ademit.* Il n'y a rien à dire; tout est dans l'ordre, au moins quant à la compétence et à la capacité.

Deux lois, l'une du 14 avril 1832, l'autre du 19 mai 1834, règlent l'état des officiers et l'avancement dans l'armée Nous les réunissons ici, car elles n'en font logiquement qu'une, et peut-être est-ce un tort de les avoir séparées. Elles avaient à passer, comme entre deux écueils, entre deux articles de la Charte, l'article 13 qui veut que le prince ait la nomination aux emplois, et l'article 69 qui veut que l'état des officiers soit assuré d'une manière légale. Le problème était de satisfaire à l'article 69 sans blesser l'article 13, d'assurer l'état de l'officier sans entamer la prérogative. A cet effet, la loi de 1832 a recours à une distinction; elle sépare le grade de l'emploi, et celle de 1834 fait consister l'état dans le grade, qu'elle déclare inamovible : distinction judicieuse et constitutionnellement irréprochable, car, en même temps qu'elle donne à l'état de l'officier l'inamovibilité promise par l'article 69, elle laisse au prince la collation du grade, c'est-à-dire l'exercice de la prérogative. La collation du grade reste libre; voilà pour l'article 13; mais une fois conféré, le grade ne se retire plus; voilà pour l'article 69. Jusque-là point de difficulté; mais voici où commencent les scrupules : cet emploi que l'on vient d'isoler du grade, dans le seul but de le réserver au prince, on peut dire que la loi de 1832 s'en empare, puisqu'elle rend conditionnel le droit de nomination, auparavant pur et simple; ces conditions sont justes au fond, il faut le reconnaître, et si elles avaient été stipulées dans un règlement intérieur, que l'administration se fût fait à elle-même, tout serait à souhait. La faveur du fond a rendu facile sur la question de capacit , et, l'esprit du temps y aidant un peu, on a pris le bien comme il venait. Mais, sous un régime

où chaque pouvoir se pèse et se mesure, les principes ne transigent pas, et tout ce que peut la doctrine pour la loi de 1832, c'est de la déclarer coupable, avec circonstances atténuantes.

Ce n'est pas tout, après ce premier pas, on en demande un autre, et celui-ci serait immense; on veut une loi qui règle l'admission dans tous les services publics; on nous pousse sur une pente; l'entraînement devient manifeste; n'y aurait-il pas dans nos mœurs quelque peu de jalousie pour un pouvoir, dont cependant nous proclamons la nécessité? On a conclu d'abord du grade à l'emploi de l'officier, quoique l'analogie fût contestable; on conclut aujourd'hui de l'emploi dans l'armée à tous les emplois dans l'administration, sans aucune distinction de ceux qui sont forcés d'avec ceux qui sont volontaires, de ceux qui exigent le sacrifice définitif de la vie privée, qui constituent une profession et entrent dans l'état civil, d'avec ceux qui ne sont qu'accidentels et présupposent le retour à la condition commune. On veut introduire un mode inflexible d'apprécier les hommes dans cette prodigieuse diversité de services, dont chacun a ses nécessités, ses convenances, et, il faut bien le dire, sa justice particulière. Encore une fois, ce n'est pas l'idée d'une règle qui répugne, mais d'une règle faite par un pouvoir incompétent; le mal est de régir législativement une matière qui n'est pas législative, et où les qualités de la loi deviennent des inconvénients. L'ordonnance sous la forme d'un règlement d'administration publique aurait tous les effets de la règle, sans avoir les inconvénients de la loi; elle refrénerait l'arbitraire des bureaux, et se prêterait aux besoins réels de chaque service, sans compter l'immense avantage d'être compétemment rendue. La loi, au contraire, commettrait un excès de pouvoir, bien que le prince y participât; car le roi, pouvoir législatif, n'acquiescerait pas valablement à une usurpation sur le roi, pouvoir exécutif. Ce sont là choses dont personne n'a le droit de disposer.

Nous allons d'un excès à l'autre, suivant la passion qui nous mène. La politique lutte-t-elle contre un principe, on décline la loi, pour se permettre l'arbitraire. La faveur corrompt-elle l'usage de la prérogative, on prodigue la loi, pour combattre

l'arbitraire. Sans doute il y a des abus; quel est le cœur honnête qui ne saigne à l'aspect de ce qui se passe? Mais il y a des abus contre lesquels la loi est un moyen trop fort; car si elle mutile le pouvoir qu'elle veut affranchir, si elle le tue pour l'épurer, où est le bienfait?

Je ne mets point au nombre des empiétements sur le pouvoir exécutif l'enquête que peut ordonner une des chambres, pour s'éclairer sur la matière de ses délibérations; cette enquête est légitime à une condition, c'est que l'acte auquel elle se rattache soit de la compétence de la chambre; le droit de s'enquérir est inhérent à tout pouvoir qui délibère, qui vote, qui décide, et qui, dans ce but même, a besoin de connaître la vérité. L'enquête n'a par elle-même aucun caractère propre et exclusif; elle a celui du pouvoir qui l'ordonne; elle est administrative chez l'administration, judiciaire chez les tribunaux, législative dans une des chambres.

Il serait illusoire que l'enquête ne se fît pas directement par le pouvoir qui a besoin de s'éclairer, et qu'il fût obligé de la faire par l'intermédiaire d'un autre; celui-là seul peut instruire, qui doit juger. Il serait contradictoire surtout qu'il recourût, pour la faire, au pouvoir qu'il surveille, et qui peut-être est en cause devant lui.

Il n'est donc pas étonnant que la chambre des députés ait arrêté en principe le droit d'enquête dans deux occasions mémorables, au sujet de la loi des tabacs et de la vérification des pouvoirs de ses membres. Le parlement d'Angleterre l'admet sans difficulté, et, ce qui vaut mieux qu'un exemple, ce droit tient à la nature des choses.

Mais pour qu'il soit efficace, il faut une loi. Dans l'état de la division de nos pouvoirs, chaque chambre n'est que la partie d'un tout, et n'a point en elle la plénitude de son être. La résolution qu'elle prend n'a de force exécutoire que dans l'enceinte soumise à sa police, et n'a d'action extérieure ni sur les choses ni sur les personnes; elle n'aurait le droit ni d'appeler devant elle, ni d'interroger, ni de contraindre, ni de constater les faits. Une loi est nécessaire pour organiser son mode d'exécution, comme lorsqu'on a voulu donner à nos chambres un droit de

juridiction sur les offenses commises contre elles, et cette loi indispensable à l'exercice du droit d'enquête peut et doit se faire.

§ III. — Des pouvoirs administratif et judiciaire.

Voilà le pouvoir exécutif; le voilà tour à tour attaquant et attaqué, plus souvent l'un que l'autre; mais le voilà dans son intégrité première, et sortant de sa source. Descendons maintenant d'un degré; voici qu'il se partage en deux branches, administration d'un côté, justice de l'autre.

Rien de plus facile à comprendre que la division primordiale du pouvoir en législatif et exécutif; le simple bon sens distingue à merveille l'intelligence de l'organe; mais les subdivisions ultérieures, sans être moins vraies, deviennent moins claires; le discernement des choses administratives et des choses judiciaires est déjà de la science, et la raison commence à devenir un art. Cette notion date chez nous d'une époque plus récente qu'on ne pense; l'ancien régime ne l'avait pas; il ne l'avait ni dans son organisation, puisque l'administration jugeait et que les tribunaux administraient, ni même dans la doctrine; car Montesquieu (1), que l'on a cité, n'enseigne rien de semblable : « Il y a, dit-il, dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État. » Ainsi, Montesquieu plaçait le pouvoir exécutif tout entier dans les relations extérieures, et, quant à l'intérieur, son esprit parlementaire n'y voyait que des

(1) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

affaires relevant du droit civil, qu'il attribuait exclusivement à la puissance de juger, ne faisant entre elles aucune distinction de celles que nous appelons administratives et judiciaires, pas plus que les cours souveraines n'en faisaient elles-mêmes. Si l'ancien régime n'ignorait pas la distinction des deux pouvoirs, il ne la connaissait donc que pour la rejeter.

L'idée même de cette séparation est en réalité de la création de la constituante; mais cette assemblée ne nous en a donné que le principe, laissant à ses successeurs le soin de trouver la doctrine, et ce soin les occupe encore, comme s'il s'agissait d'une seconde création. *Tantæ molis erat!* On a commencé par douter que la justice fût une dérivation du pouvoir exécutif, et quand on est tombé d'accord qu'elle avait cette origine commune avec l'administration, on a cherché les signes caractéristiques auxquels on pourrait avec certitude les distinguer l'une de l'autre; mais ces signes semblent fuir les esprits les plus capables de généraliser; et, pendant que les décisions particulières se multiplient, les formules ne s'adaptent que laborieusement aux principes; science naissante, que l'on a raison d'encourager, mais science difficile, dont l'économie est à peine trouvée, et que des exceptions et des déclassements, plus empiriques que rationnels, troublent et dérangent à chaque pas.

Nous parlons bien fièrement de la confusion des pouvoirs sous l'ancien régime; mais nous ne l'avons corrigée qu'à moitié; car, si nos tribunaux n'administrent plus, notre administration juge.

On a proposé de reconnaître l'administration et de la distinguer de la justice à ce signe caractéristique, qu'elle règle les rapports des citoyens avec l'État. Mais on a donné en cela la définition du droit public plutôt que de l'administration, qui n'en est qu'une partie. La Charte s'ouvre par la déclaration solennelle du *droit public des Français*, en d'autres termes, des principes qui règlent les rapports des citoyens avec l'État; ce n'est sans doute point là ce que l'on entend livrer à l'administration. Il y a telle hypothèse où l'administration statue sur les rapports des citoyens entre eux, et telle autre où les tribu-

naux statuent sur les rapports des citoyens avec la société. La justice criminelle n'a pas d'autre fin, et cette première exception est tellement immense, qu'elle détruit la règle. La justice civile s'en occupe également, soit que l'État lui demande de prononcer la dépossession d'un propriétaire pour utilité publique, soit qu'elle décide des droits civiques ou de l'état civil des Français : une cour royale n'ordonne pas l'inscription ou la radiation du juré ou d'un électeur, sans régler les rapports les plus importants des citoyens avec l'État; elle ne prononce pas la réhabilitation d'un failli ou d'un condamné, sans le rétablir dans ces mêmes rapports dont il était déchu. Que serait-ce, si nous recherchions tous les cas où le ministère public peut se rendre partie principale au civil, et où les tribunaux jugent de la limite des pouvoirs, en donnant ou en refusant l'application judiciaire aux actes du gouvernement? C'est là du droit public au premier chef; c'est régler les rapports des citoyens avec l'État.

Je n'ai point à donner cette définition, dont les conditions logiques sont si difficiles à remplir; celle que je proposerais de l'un des pouvoirs conviendrait toujours en quelque chose à l'autre, et je ne rendrais aucun service à la science. Ce n'est point un traité de compétence que j'entreprends; mon sujet ne me demande d'envisager, dans ces matières confuses, que le rapport constitutionnel qui intéresse la garantie de nos droits. Mais s'il m'obligeait à me prononcer, j'aurais recours à l'article 5 du code civil, comme à ce qui a été dit à ce sujet de plus simple, de plus vrai, de moins contestable. « Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur ont soumises. » Ce n'est point là, j'en conviens, une définition, mais c'est une indication très-féconde; on y trouve deux propositions fondamentales : 1° les juges ne prononcent que sur les causes qui leur sont soumises, et comme on ne leur en soumet que par action publique ou privée, personnelle, réelle ou mixte, on ne risque pas de se tromper en disant qu'ils connaissent de tous les intérêts qui donnent naissance à une de ces actions, c'est-à-dire de la sûreté des personnes et de la propriété des biens. 2° Même

dans les causes qui leur sont soumises, ils ne peuvent prononcer par voie générale et réglementaire; c'est donc que cette voie est réservée à l'administration.

D'où l'on pourrait, ce semble, tirer cette conclusion : dans le domaine de l'exécution, tout est administratif, excepté ce qui est judiciaire. Déterminez ce qui est judiciaire à l'aide des principes du droit civil et criminel, faites une soustraction, et le reste sera le pouvoir administratif.

Revenons à notre objet, qui est de vérifier en quoi chacun des pouvoirs séparés par l'assemblée constituante nuit ou profite à la garantie de nos droits, en d'autres termes, comment il remplit la fonction constitutionnelle. Ils ne se présentent pas à cet examen avec des titres égaux : la justice est l'aînée de l'administration; ses principes sont certains et populaires, ses preuves sont faites, et son alliance avec la liberté est antique. L'administration est née d'hier, et c'est à peine si l'époque qui l'a trouvée la comprend bien encore. La constituante l'a décrétée en principe, l'empire l'a perfectionnée comme instrument d'ordre et de puissance; le régime constitutionnel trouve-t-il en elle toutes les conditions de la liberté?

Cette différence même nous indique l'ordre à suivre dans notre examen; nous commencerons par la justice, comme par une institution devenue classique, et qui peut servir de criterium. Rapprochement singulier! la constituante a retiré l'adnistration aux compagnies judiciaires par un sentiment de défiance, et voilà que la confiance nationale se fixe aujourd'hui sur la justice, comme sur le plus parfait de nos pouvoirs.

§ IV. — Du pouvoir judiciaire.

Un problème occupe vivement les publicistes. Quelle est, sous un gouvernement tel que le nôtre, l'origine vraie du pouvoir judiciaire? On le veut indépendant; il faut donc en faire un troisième pouvoir, car si on le dérive du pouvoir exécutif, il ne peut être indépendant de son chef. La Charte dit à la vérité: *Toute justice émane du roi; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue.* Mais elle ajoute aussi : *Les*

juges nommés par le roi sont inamovibles. De ces deux textes, le premier n'est qu'une réminiscence d'un droit public qui n'est plus. La justice émanait du roi sous l'ancienne monarchie, et il y avait une raison de le dire. On sortait du régime féodal, le roi s'était emparé du dernier ressort, et n'avait laissé le premier aux seigneurs qu'à titre de concession : la maxime avait un sens, car elle s'entendait par opposition au temps où la justice émanait des seigneurs. Le prince étant la source unique de la juridiction, on comprenait qu'il en retînt une partie, et qu'il en déléguât une autre. La délégation elle-même s'expliquait naturellement; elle n'était pas fondée sur l'incapacité légale du prince d'administrer la justice : saint Louis rendait ses jugements sous l'arbre de Vincennes; Charles V présidait au procès de Jean V, duc de Bretagne; Charles VI à celui de Charles II, roi de Navarre; François Ier à celui du marquis de Saluces; Louis XIII à celui du duc de la Valette. Mais la délégation avait pour cause l'impossibilité de porter seul un tel fardeau : « Le magistrat, disait la Bruyère, *décharge* le prince d'une partie du soin de juger les peuples. » « Parce qu'il serait difficile qu'il pût exercer cette puissance par lui-même, disait Jousse, il a bien voulu *confier son autorité* à cet égard à des magistrats qui l'exercent en son nom. » Les juges étaient si bien les auxiliaires du prince, qu'au dire de Loiseau, *c'était une branche du crime de lèse-majesté d'attenter à leur personne,* et on les traitait conséquemment à leur qualité de mandataires, en leur expédiant de nouvelles commissions, à chaque mutation de prince. Mais rien de tout cela n'est vrai sous la Charte, et les mots de justice retenue, et de justice déléguée, ne sont pas de son vocabulaire. Le moyen de concevoir la justice déléguée, où la justice immédiate est défendue, et tellement défendue que, s'il n'y avait qu'un seul jugement à rendre dans tout le royaume, l'homme de France le plus incapable d'y vaquer serait le roi? incapable disons-nous, à raison d'une incapacité légale, non d'une impossibilité physique. Qu'est ce qu'un pouvoir délégué, que le déléguant ne peut ni exercer par lui-même, ni rappeler à lui, les juges étant inamovibles? S'explique-t-on la justice déléguée, depuis que la Charte a défendu le rétablis-

sement des commissions judiciaires, et par conséquent proscrit la supposition d'un mandat direct du prince au juge? Comment surtout la concilier avec la procédure par jurés, et avec une organisation judiciaire, où le ministère public, requérant au nom du roi, peut être débouté par le juge, et où, par conséquent, le roi se débouterait lui-même? La maxime en question est donc dépaysée dans la Charte; elle s'y heurte à tous les principes; on ne l'y a insérée que par habitude, et sans se rendre compte de sa portée. Que si on la dépouille de son ancienne signification, il ne lui en reste plus aucune; elle ne cesse d'être fausse que pour devenir inutile : son danger est moindre, mais sa place n'est plus dans la Charte.

Nous devons à cette objection une réponse sérieuse comme elle.

Oui, la justice est indépendante : cette vérité est fondamentale; elle nous est commune avec l'objection, et nous déclarons d'avance que toute doctrine qui tendrait à l'affaiblir serait rejetée par nous comme subversive. La justice est indépendante par des raisons qui tiennent à son essence, et que nous dirons d'abord, avant de donner notre explication de la maxime contestée.

Ce qui caractérise le juge en France, c'est que la loi se substitue chez lui à son opinion propre, et le réduit à ne lui servir que d'organe, à lui prêter sa voix, à parler pour elle. Cette règle ne souffre exception, que si la loi ne lui fournit rien; alors seulement il peut se consulter lui-même; mais, à cela près, il n'use de son discernement que pour reconnaître la loi et l'appliquer. Aussi, a-t-on dit que la meilleure loi est celle qui laisse le moins à l'arbitraire du juge : on a ajouté que le meilleur juge est celui qui s'en laisse le moins à lui-même. Il lui est enjoint de donner les motifs de sa décision, pour faire entendre qu'en la rendant, il ne fait point acte d'autorité personnelle, mais de raison légale, et qu'entre la loi et le plaideur, il ne sert que d'intermédiaire.

Ce n'est pas tout. Dans la position où ce devoir place le juge, entre la loi comme règle, et sa raison comme supplément, ce qui est à craindre, c'est que le supplément ne finisse par

prévaloir sur la règle; car la tendance naturelle de l'homme est d'exercer incessamment l'activité de sa raison, et d'en laisser l'empreinte sur tout ce qu'il touche. Pour remédier au mal, on a placé au sommet de la hiérarchie judiciaire un tribunal, dont l'austère mission est de ramener à la loi le juge que les séductions de sa raison en ont un moment écarté, et l'on voit ici à découvert le secret rapport de l'organisation judiciaire avec le devoir du juge.

Quand les demandes portées devant les tribunaux sont astreintes à des formules, comme autrefois à Rome, comme aujourd'hui encore en Angleterre, les formules sont la règle unique du juge, et une règle sans supplément. Si la formule manque à l'action, le juge s'abstient; faux système, qui s'exagère la raison humaine dans le législateur, pour la méconnaître entièrement dans le juge, et dont Portalis a dit, avec un grand bonheur d'expression, qu'il semble supposer que les législateurs sont des dieux, et que les juges ne sont même pas des hommes. Tout le danger est alors pour l'équité, qui est menacée de mourir étouffée sous les formules du droit positif; c'est pour la secourir que Rome a institué son droit prétorien, et l'Angleterre sa cour de chancellerie; deux institutions dont la raison est la même.

Mais quand les actions sont dégagées de formules sacramentelles, quand elles sont de bonne foi, quand le législateur n'a pas de lui-même l'opinion qu'il pourvoit à tout, ni du juge qu'il n'est capable de pourvoir à rien, il laisse au juge les cas imprévus, et tout le péril est alors pour la loi, car le penchant du juge est pour l'équité. C'est alors une cour de cassation qui est nécessaire, non pour remplir entre les parties le devoir pratique de la justice, non pour rendre à chacun le sien, mais pour déclarer la loi, en renvoyant à un autre juge le soin de l'appliquer, pour faire de la loi une personne morale ayant son intérêt propre, que l'on a blessé et qu'il s'agit de venger; singulier sacerdoce, institué pour le culte d'une abstraction, et dont les réponses, rendues en contemplation du droit, créent une sorte d'algèbre à la jurisprudence.

C'est alors, quand toutes les précautions de la sagesse hu-

maine sont épuisées, que la décision judiciaire est plus que l'opinion d'un homme; elle s'élève au niveau de la vérité, ou plutôt elle est la vérité même, *pro veritate habetur;* ce qui ne peut se dire d'aucun autre genre de décision.

Le juge nous étant ainsi donné, la conséquence naturelle est qu'il ne saurait être responsable. De quoi le serait-il? La responsabilité ne s'attache qu'à la liberté, à la liberté maîtresse de ses déterminations. Mais le juge n'est pas maître des siennes; la règle qu'il applique n'est pas son ouvrage; il la reçoit toute faite, et l'applique telle qu'il l'a reçue. Ce n'est pas lui qui juge, c'est la loi. Il n'y a rien dans ces déterminations qui lui soit propre, et son mérite est de s'y être complétement effacé. S'il se trompe, son erreur est redressée par un juge supérieur, qui statue aux mêmes conditions; si sa décision n'est point attaquée, la présomption est qu'il ne s'est point trompé; il a dit la vérité même. Comment donc serait-il responsable?

Nous n'allons pas, remarquez-le bien, jusqu'à dire qu'il ne répond ni de son dol, ni de son délit; genre de responsabilité dont nul n'est affranchi, car le délit et le dol sont des faits personnels, que nous commettons pour notre propre compte, et non comme organes de la loi; nous parlons des fautes ordinaires, même des fautes dommageables, sans dol ni délit. Dans cette hypothèse, le juge est si bien effacé, que, selon une maxime qui le caractérise encore, son fait est celui de la partie. A l'époque féodale, l'appel se relevait contre le juge, que l'on forçait à défendre sa sentence, les armes à la main : pourquoi? Parce qu'on voyait en lui, non l'organe de la loi, mais l'homme du Seigneur; au lieu qu'aujourd'hui en même temps que les voies légales ne sont ouvertes que contre le jugement, il n'y a de responsabilité pour le juge qu'au cas de délit, d'après le code d'instruction, ou dans un des cas de dol déterminés par le code de procédure, mais jamais en vertu des principes généraux sur l'imputation des fautes, et notamment de l'article 1382 du code civil. Souvenons-nous de cette observation pour le moment où nous traiterons du pouvoir administratif.

Si le juge n'attendait l'impulsion de personne, et se mettait en mouvement de lui-même, on pourrait voir dans cette spontanéité une résolution qui lui serait propre, et dont il aurait à répondre. Mais il ne va point au-devant des procès; on les lui apporte; il ne parle que pour faire des réponses à des questions, et quand on les lui a apportées, il s'y renferme. C'est pour lui que l'on a donné au mot *espèce* une acception qui, à tout autre égard, ne serait pas française; il ne statue que sur des espèces, il ne s'étend pas jusqu'au genre; le cas particulier qui lui est déféré a des limites infranchissables pour lui.

Voilà le juge selon la Charte, et c'est assez dire que, n'étant pas responsable, il n'est agent de personne, et que, n'étant pas agent, il est indépendant. A la vérité, le roi le nomme et l'institue; mais ne confondons pas : autre chose est la délégation du pouvoir, autre chose la nomination du fonctionnaire. Le pouvoir existe indépendamment du prince; il existe dans la loi, avec des principes, un mode et des formes auxquels la loi seule peut toucher. Ainsi créé et organisé d'avance, que lui faut-il pour achever de vivre? Un fonctionnaire qui l'anime. La part du prince est de désigner la personne propre à remplir la mission déterminée par la loi. Pour que la nomination du fonctionnaire impliquât une délégation du pouvoir, il faudrait que le prince pût donner des ordres ou des instructions à l'agent de son choix; mais le juge a sa règle ailleurs que dans l'ordonnance qui le nomme, et il ne doit de compte qu'à Dieu. Aussi la formule exécutoire donnée par le prince aux décisions judiciaires parle-t-elle du juge à la troisième personne : « Notre tribunal de ... a rendu le jugement suivant. » La distinction y est expresse entre le prince et le magistrat.

Maintenant que nous avons fixé le caractère du juge, comme un principe fondamental auquel toute doctrine est subordonnée, enquérons-nous du sens de la maxime importée de l'ancien droit public dans notre Charte. Cette maxime signifie-t-elle ce qu'elle signifiait autrefois? Conçue dans les mêmes termes, ne peut-elle avoir que le même sens? En résulte-t-il que le juge est le mandataire du prince, et nous fait-elle retomber dans la justice retenue et la justice déléguée? Alors nous sommes de

l'avis de l'objection; la maxime a tort, et nous regrettons de la l're dans la Charte. Mais la thèse change si l'on a eu une raison, je veux dire une raison constitutionnelle de l'y écrire, et cette raison pourrait bien se trouver; car, de même que la monarchie absolue sortait du régime féodal, de même la Charte succède à des constitutions républicaines; et si, sous la première, la maxime s'entendait par relation aux justices seigneuriales, auxquelles je conviens que la Charte n'avait plus d'allusion à faire, peut-être en était il autrement de la manière dont les constitutions précédentes entendaient le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Rappelons quelques souvenirs :

La constitution de 91 était mi-monarchique, mi-républicaine, et, qu'on me passe le mot, d'une nature hybride. Elle attribuait au roi le pouvoir exécutif, moins le pouvoir judiciaire dont elle faisait un troisième pouvoir; elle séparait la nomination du juge de son institution; elle le donnait au peuple à élire, et au roi à instituer par des lettres patentes qu'il ne pouvait refuser.

La constitution toute républicaine de l'an III déclarait formellement que les fonctions judiciaires ne seraient jamais exercées par le pouvoir exécutif, et les juges étaient élus par le peuple à tous les degrés de la hiérarchie.

La constitution républicaine de l'an VIII met un pied dans la monarchie, comme la constitution monarchique de 91 en avait un dans la république. Elle supprime à peu près les dénominations purement théoriques, en haine de la division des pouvoirs, et ne conserve de cette langue que celle du pouvoir législatif, qui sera bientôt lui-même annulé, désignant les autres sous le nom de gouvernement et de tribunaux; elle donne au premier consul la nomination de tous les juges, hors celle des juges de paix et des juges de cassation; ceux-là continueront à être éligibles; elle imagine pour ceux-ci un système mixte, selon le goût de son auteur; le sénat les nomme sur une liste de candidats présentés par le premier consul.

Ainsi, la justice se puisait à deux sources différentes, tantôt dans le prince, tantôt dans le peuple; chacun de ces principes exclut l'autre aux époques où il domine, et se combine avec lui

aux époques de transition. Cette lutte, même après avoir cessé dans la politique, s'est prolongée dans le sein de la justice criminelle, où, par une réminiscence de la cité antique si différente de la nôtre, on se demandait naguère encore si l'accusation n'était pas une action populaire. C'est à la suite de ces précédents que la Charte est venue dire : Le pouvoir judiciaire est une branche du pouvoir exécutif, car l'application des lois par un juge n'est qu'un mode de leur exécution : le roi doit donc nommer le juge, et même l'instituer; car ces deux droits ne se séparent pas, la création d'un juge n'ayant rien d'analogue à celle d'un évêque, qui suppose le concours de deux puissances; le juge nommé et institué par le prince sera inamovible, car il y a plus de garantie dans le fonctionnaire vouant sa vie entière à une tâche, à laquelle suffit à peine la vie la plus longue, que dans la mission temporaire d'un juge électif.

Voilà comme la justice émane du roi, par opposition, non plus au temps où elle émanait des seigneurs, mais au temps plus rapproché où elle a émané du peuple; bien entendu que, malgré l'emploi des mêmes termes, si elle émanait jadis du roi comme d'un roi absolu, elle n'émane aujourd'hui du roi que comme d'un roi constitutionnel, avec les conditions qu'y met la loi. La maxime ainsi entendue n'implique donc en aucune façon la justice déléguée.

On a ingénieusement comparé les pouvoirs judiciaire et administratif à deux jumeaux, pour l'un desquels le cordon aurait été coupé, sans l'être pour l'autre. J'accepte la comparaison, à condition que celui pour lequel il l'aurait été, eût pu grandir et devenir majeur, jusqu'à constituer une personne distincte et indépendante. Cependant le gouvernement consulaire a rétabli le cordon. Un sénatus-consulte du 16 thermidor an x, conçu dans l'esprit de la constitution de l'an viii, a institué un grand juge, qui, sans perdre son caractère d'agent révocable, a été introduit dans l'administration de la justice, avec faculté de présider la cour de cassation et d'exercer le pouvoir disciplinaire. C'était une manière de détruire l'indépendance du pouvoir judiciaire, et de le rattacher au gouvernement. On peut juger par là si la théorie de la division des pouvoirs est une

chose vaine, et si le génie du consulat, en la discréditant sous le nom d'idéologie, ne proscrivait pas en réalité une garantie constitutionnelle; on peut surtout juger si aujourd'hui un éclaircissement n'est pas nécessaire.

La doctrine ne se conforma que trop docilement à la pensée du maître. On le vit dans une occasion, où celle-ci, secondée par deux des plus grands noms de la science du droit, a tenté d'influer sur la jurisprudence. Il s'agissait de savoir si la cour de cassation, qui s'interdit l'appréciation des actes après le juge du fait, ne devait pas se la permettre en matière d'enregistrement. La cour s'est arrêtée à ce dernier parti par des raisons, bonnes peut-être dans l'intérêt de l'impôt, et qui, en tout cas, ne sont pas inconstitutionnelles. Mais, à l'origine de cette jurisprudence, voici la doctrine que proposa, pour la justifier, M. Henrion de Pansey, qui a approfondi, comme on le sait, la théorie de l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques : « Lorsque, par le jugement des affaires criminelles ou des procès entre particuliers, le prince délègue l'autorité judiciaire, cette délégation absolue, parce qu'elle est obligée, ne lui laissant sous ce rapport que l'exercice de la branche du pouvoir exécutif qui le constitue le vengeur et le gardien des lois et des formes, il ne peut annuler les jugements que pour violation des formes et contravention aux lois. Mais relativement aux contestations qui intéressent éminemment les droits de la couronne ou les revenus publics, le prince est dans une position bien différente; *comme il lui est libre de les juger lui-même, la transmission qu'il fait de ses pouvoirs ne le dépouille pas d'une manière aussi complète.* Il lui reste le droit d'examiner si *les juges qu'il a commis ont fidèlement rempli toutes les conditions du mandat qu'il leur a conféré*, et par conséquent celui de les réformer, s'ils s'en sont écartés. Il ne serait pas même au pouvoir du prince de renoncer à ce droit de révision. En effet, par cette abdication, il se rendrait en quelque sorte étranger à la fortune de l'État (1)... » De ce principe, M. Merlin tire la conclu-

(1) Ce passage si curieux se trouve à la page 97 d'une des premières éditions de l'*Autorité judiciaire*. Il ne se trouve pas dans l'édition de 1827, que j'ai sous les yeux. Ce retranchement est-il une rétractation ?

sion que voici (1) : « La cour n'exerce les fonctions qui lui sont attribuées par la loi, *que comme déléguée du prince; le prince aurait pu se réserver à lui-même* l'exercice de cette partie de la souveraineté; *la délégation qu'il en a faite à la cour* a été pleinement volontaire de sa part, et conséquemment la cour doit exercer ses fonctions, *comme le prince les exercerait lui-même*, s'il s'en était réservé l'exercice. En effet, si le prince s'était réservé l'exercice personnel du droit de prononcer sur les demandes en cassation, comment exercerait-il ce droit...? Ainsi il y a deux justices, celle qui se rend en matière ordinaire et celle qui se rend en matière fiscale; pour administrer la première, le magistrat ne prend conseil que de la loi et de sa conscience; mais pour la seconde, il doit pressentir la pensée du prince, et se demander : *Que ferait le prince à ma place?* La mesure de ses devoirs est tout entière dans la réponse présumée à cette question.

Assurément cette doctrine n'a pas besoin de réfutation; il répugnerait moins de revenir franchement au pouvoir absolu, à la justice déléguée et aux conséquences logiques qui en dérivent, que de croire, sous le régime constitutionnel, à une justice double, à laquelle préside un esprit différent, selon qu'elle a pour objet un intérêt privé ou fiscal. Je comprends des règles spéciales pour la perception de l'impôt, à condition que ces règles soient dans la loi, et que la jurisprudence n'y ajoute rien par ses fictions; mais tous les besoins de l'impôt n'iront jamais jusqu'à faire une autre loi que la loi, et le magistrat n'est point assez malheureux pour voir s'évanouir devant lui l'unité de son devoir. Aussi n'avons-nous pas à regretter que l'arrêt du 27 juillet 1810, qui a suivi le réquisitoire de M. Merlin, ait adopté sa doctrine; il apprécie l'acte, comme on le demande, en se taisant sur la théorie du droit dont il use; or, ce droit se justifie par d'autres raisons. Mais ce qui est à retenir de tout ceci, c'est qu'il ne faut pas, sans un examen scrupuleux, ouvrir l'entrée de notre régime aux principes de l'ancien droit public; les deux grands jurisconsultes qui ont cherché à acclimater chez nous

(1) *Répertoire*, v° *Droit d'enregistrement*, § 14.

une maxime du pouvoir absolu, dont la trace se retrouve dans le régime féodal et dans la matière des lods et ventes, appartiennent à cette époque de transition où le mélange des idées était bien pardonnable, puisque l'on commençait à peine à éclairer le droit public de la lumière toute nouvelle de la Charte.

La fausse doctrine s'est prolongée sous la Charte même. On la retrouve dans un avis du conseil d'État du 27 décembre 1823, portant que la loi du 16 septembre 1807, sur l'interprétation des lois, n'a point été abrogée par la Charte. Cette décision pouvait être juste, mais non par la raison alléguée, que, *toute justice émanant du roi, c'est à lui qu'appartient la portion de l'autorité judiciaire qui n'est pas comprise dans la délégation que ses tribunaux en ont reçue.* L'idée de l'autorité judiciaire, directement venue de la loi aux tribunaux, sans intermédiaire, n'était pas encore entrevue sous la restauration.

Le grand juge, institué par le sénatus-consulte de l'an x, étant redevenu ministre de la justice, sans aucune participation possible à sa distribution, cesse par cela même d'exercer le pouvoir disciplinaire; car le pouvoir disciplinaire sur les magistrats est une dépendance du pouvoir judiciaire. C'est un droit de la famille sur ses membres, et, pour l'avoir, il faut être de la famille même (1).

Il ne fallait rien moins qu'un pouvoir aussi fortement constitué, qui fût esclave de la loi et ne le fût que d'elle, qui, à une dépendance absolue de la loi, joignît une indépendance non moins absolue de tous les pouvoirs, qui, dans des limites certaines, fût à la fois inviolable et contenu, au point de n'inspirer ni de concevoir aucune crainte; il fallait un tel pouvoir pour lui confier avec sécurité la double fonction que nous lui connaissons : 1° la garde de nos biens et de nos personnes, auxquels on ne parvient qu'après avoir passé devant lui; 2° la garde des limites entre les pouvoirs qui dérive de la première, et pour laquelle il est doué de la plus grande force qu'il y ait chez les hommes, de la force d'inertie. Comme toutes les me-

(1) « Castigatio domestica. »

sures impératives ou prohibitives ont besoin de la sanction dont il dispose, c'est à lui qu'elles aboutissent tôt ou tard, et il lui suffit d'un simple refus pour les paralyser. Cette obligation où sont tous les pouvoirs actifs de venir chez lui demander un moyen de contrainte, le constitue juge nécessaire de leurs excès, et par conséquent gardien de leurs limites.

Nous insistons sur cette dernière conséquence ; car elle nous fournit un des caractères essentiels du pouvoir judiciaire. On a été longtemps en France à se faire de ce droit une idée précise; on l'a confondu d'abord avec la faculté active de censurer, modifier, annuler, et l'on a combattu comme excès de pouvoir, chez les tribunaux, le droit nécessaire d'apprécier l'excès de pouvoir chez les autres. La constitution de l'an VIII, avec son sénat prétendu conservateur, avait faussé les idées sur ce point, et la cour de cassation elle-même, dans son arrêt du 1er floréal an X, avait cédé au torrent. Un arrêté consulaire du 7 fructidor an VIII ayant ordonné, au profit du trésor, le prélèvement d'un dixième sur le produit net des prises maritimes, et, le négociant capteur ayant résisté à la perception de cet impôt non établi par une loi, le tribunal de Nantes et la cour de Rennes avaient refusé la condamnation qu'on leur avait demandée. L'arrêt du 1er floréal an X a cassé l'arrêt de Rennes, en se fondant sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et sur l'attribution faite au sénat seul d'annuler les actes inconstitutionnels; comme si c'était une seule et même chose d'empêcher directement l'exécution d'un acte, ou de ne pas contraindre celui qui lui refuse sa soumission; comme si, même sous le mauvais régime de l'an VIII, la faculté judiciaire d'apprécier s'était confondue avec la faculté politique d'annuler. Ces deux choses sont cependant bien distinctes par leur nature : vous, vous exécutez la loi à votre manière; moi, je l'applique à la mienne, et n'applique qu'elle; c'est notre lot à chacun. S'il vous plaît d'excéder vos pouvoirs et de faire la loi, au lieu de l'exécuter, c'est un tort, dont je ne suis sans doute pas le redresseur, mais qui ne peut modifier ma condition; or, dans la condition qui m'est faite, je ne puis condamner au payement d'un impôt non établi par la loi

(article 40 de la Charte); je ne puis appliquer aucune peine non prononcée par la loi (article 4 du code pénal). Si cependant je suis obligé de condamner indistinctement qui vous désobéit, sous prétexte que je vous fais obstacle, il vous suffira de sortir de votre orbite, pour m'entraîner hors de la mienne; votre excès de pouvoir entraînera le mien; c'est moi qui suis dans votre dépendance, et c'est vous qui empiétez. A parler exactement, ce que je juge, c'est moins votre acte que ma compétence; avec mon droit judiciaire d'apprécier, je ne sors pas de mes limites, j'y reste.

Ces principes sont évidents; et, tout évidents qu'ils sont, leur triomphe n'est sans contestation que depuis 1830. Auparavant, le refus d'appliquer une peine prononcée par ordonnance était un des actes les plus difficiles du courage civil; ce n'est qu'en 1832, lors de la révision du code pénal (article 471, § 15), que l'on a reconnu le droit des tribunaux de simple police de n'accorder la sanction judiciaire qu'aux règlements légalement faits, et cette faculté s'étend à tous les degrés de la hiérarchie.

Ne nous hâtons cependant pas trop de triompher; le principe que l'on croyait rejeté sans retour vient de reparaître au conseil d'État. Une ordonnance rendue le 23 décembre 1845 (1), ayant à régler la compétence de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, fait entre elles le partage que voici : des citoyens refusent de se soumettre au péage sur trois des ponts de Paris; leur refus se fonde sur ce que la durée du péage, d'abord fixée par une loi, n'a été prorogée que par un arrêté consulaire de l'an x et une ordonnance royal de 1814. Or ils adressent à ces actes des reproches de deux espèces : 1° ils nient leur existence légale; l'arrêté de l'an x ne porte pas de contre-seing d'un ministre; l'ordonnance de 1814 n'a pas de minute; elle n'est prouvée que par des expéditions; 2° leur existence fût-elle constante, ils sont coupables d'excès de pouvoir; ils ont changé une loi. Le conseil d'État reconnaît à l'autorité judiciaire le droit d'apprécier le premier reproche, qui

(1) Dans l'affaire des trois ponts. De Villeneuve, vol. XLVI, IIe partie p. 280.

porte sur la forme des actes; il lui refuse celui d'apprécier l'excès de pouvoir. C'est la résurrection du principe impérial. N'accorder à l'autorité judiciaire que le droit d'apprécier la forme, c'est ne lui rien accorder. La moindre chose, quand on présente un acte à un juge, est qu'il examine s'il est en forme probante; jusque-là il n'est pas obligé d'y croire. On lui refuse tout en lui refusant le droit d'examiner de quel pouvoir il émane; le discernement lui est ôté; il est asservi; on en fait un instrument. Un péage sur la voie publique est un impôt: il ne peut être établi que par une loi, et ce n'est plus la loi qui l'ordonne, quand on le prolonge au delà du terme fixé par elle. On n'interdit cet examen au juge qu'en retombant dans la confusion que nous avons signalée entre le droit de critiquer ou d'annuler l'acte, et celui de lui refuser l'application judiciaire; en d'autres termes, qu'en paralysant un pouvoir, sous prétexte de le contenir. Encore une fois, il est très-légitime de le contenir dans ses limites, mais non de l'empêcher de s'y mouvoir selon sa nature.

Toutefois le jeu de notre gouvernement représentatif peut amener une combinaison nouvelle, contre les dangers de laquelle il est bon de prémunir le juge; car elle l'expose au risque d'exagérer son droit, et de refuser la sanction, quand il doit l'accorder. On suppose qu'en matière de finances et particulièrement de douanes, la loi ait délégué à l'ordonnance le pouvoir de prendre certaines dispositions qu'elle n'eût pu prendre seule, à la charge de se soumettre à la ratification législative; qu'en usant de cette délégation, l'ordonnance ne se soit pas tenue dans les limites du mandat, et qu'ainsi entachée d'un excès de pouvoir, elle se présente à l'appréciation judiciaire. Par exemple, le gouvernement tient de deux lois, du 29 floréal an x et du 17 décembre 1814, le pouvoir général d'abaisser ou d'élever provisoirement les taxes des douanes, de prohiber l'entrée des marchandises étrangères ou d'augmenter les droits à leur importation; une loi particulière du 2 juillet 1836 remet le cinquième des droits d'entrée aux produits naturels importés par navires français des îles de la Sonde et des parties de l'Asie situées au delà. Dans cet état de

la législation, survient, le 2 septembre 1838, une ordonnance qui, usant du pouvoir général accordé par les lois de l'an x et de 1814, restreint le bénéfice de la remise aux produits naturels importés des pays situés au delà des îles de la Sonde. L'ordonnance changeait la loi au détriment des contribuables, puisqu'elle retirait aux produits importés des îles de la Sonde la remise du cinquième qui leur était accordée. L'excès de pouvoir était évident. Depuis, une loi de 1841 a ratifié l'ordonnance; mais avant cette ratification, et lorsque l'ordonnance était encore dans son état inconstitutionnel, l'administration des douanes perçoit le cinquième sur les produits importés des îles de la Sonde. On résiste; les tribunaux du Havre, de Bordeaux, de Marseille, rejettent la perception; celui de Nantes la maintient.

Quel était dans cette occurrence le véritable devoir du juge? Il dépendait incontestablement du caractère constitutionnel de l'acte qu'on lui présentait; loi, il devait l'appliquer; simple ordonnance, il pouvait l'apprécier. Qu'est-ce donc que l'acte par lequel un pouvoir supérieur charge l'inférieur de faire ce que celui-ci ne ferait pas seul et spontanément? C'est une délégation; or le propre de toute délégation est d'identifier le délégué avec le déléguant; dans l'exécution qui s'ensuit, c'est le déléguant qu'il faut voir, non le délégué. Ce principe, que la raison seule suffirait à justifier, est écrit dans le droit romain : *Qui mandatam jurisdictionem accepit, proprium nihil habet, sed ejus qui mandavit jurisdictione utitur!* C'est le prince des jurisconsultes, Papinien (1), qui l'a dit. Ulpien ajoute (2) : *Is cui mandata jurisdictio est, fungitur vice ejus qui mandavit, non sua.* Ce qui a été dit de la juridiction peut se dire de nos pouvoirs constitutionnels; la raison est la même. Quand le pouvoir législatif commet au pouvoir exécutif le soin de pourvoir à certains besoins qui lui échappent, il se donne un représentant, un *alter ego*. Le juge doit donc se conduire envers l'ordonnance, comme s'il était en présence de la loi même.

Cela est-il vrai indistinctement dans tous les cas, soit que

(1) *De offic. ejus cui*, ff., l. I, § 2.
(2) *Ibid.*, liv. XVI, l. III.

l'ordonnance se tienne dans les limites de la délégation, soit qu'elle en sorte? Point de difficulté, dans le premier cas, à admettre l'identité de la loi avec l'ordonnance; mais dans le second, la volonté de l'une diffère évidemment de celle de l'autre. Et cependant, pour peu qu'on y réfléchisse, on s'apercevra qu'aucune distinction n'est possible sans détruire le principe. Il y a deux raisons de cela : 1° l'ordonnance rendue par suite d'une délégation de la loi, est une loi pour le juge; le juge doit donc l'appliquer, malgré l'excès de pouvoir; car s'il connaissait de l'excès de pouvoir dans la loi, c'est de la loi même qu'il connaîtrait, et l'on sait la grande maxime qui fait sa règle : *Secundum leges, non de legibus judicandum.* Nous avons reconnu le même principe à l'occasion du pouvoir constituant, sur lequel nous avons supposé un empiétement du pouvoir législatif. 2° Dans la législation spéciale sur laquelle nous raisonnons, la délégation part de la loi pour revenir à la loi; après l'exécution, le délégué se présente au déléguant pour rendre son compte, et selon l'occurrence, l'ordonnance est ou n'est pas convertie en loi. Que signifie pour le juge cette obligation du pouvoir exécutif de soumettre ses actes au pouvoir législatif? C'est, de la part de celui-ci, une réserve de juridiction, et cette réserve est exclusive; quand le ministre qui a contre-signé l'ordonnance la présente aux chambres, il est en instance devant elles pour obtenir son bill d'indemnité; il y a là comme une litispendance législative, dans laquelle aucun pouvoir inférieur ne peut s'immiscer, et sur laquelle il peut bien moins encore anticiper. Il reste que, pour le juge, l'ordonnance conserve force de loi, malgré l'excès de pouvoir.

Mais un embarras peut se présenter, par suite de la fidélité même du juge à ses devoirs. L'ordonnance excède le pouvoir qui lui a été délégué; le juge l'applique : sa décision passe en force de chose jugée, et il arrive qu'à la session suivante, le législateur désapprouve l'ordonnance et refuse de la convertir en loi. Que devient la chose jugée, quand le texte qui lui a servi de base est condamné par le législateur? La chose jugée reste ce qu'elle n'a jamais cessé d'être, la vérité même, et la détermination ultérieure des chambres ne peut rien sur une condam-

nation régulière; autrement le pouvoir judiciaire passerait au pouvoir législatif. La personne reprochable n'est pas le juge, mais le ministre; la difficulté se résout donc par la responsabilité ministérielle.

Si le contribuable avait payé volontairement et sans condamnation, l'administration, après la décision des chambres, devrait restituer ce qui aurait été payé sans être dû.

Ces principes servent de base à des arrêts de la cour de cassation, du 19 novembre 1842 (1), du 24 mars, et du 10 août 1847.

En résumé, le juge n'est que l'organe de la loi; les motifs de ses décisions sont d'elle et non de lui; d'où la conséquence qu'il n'est pas responsable. Pour qu'aucune influence étrangère n'altère son devoir, il a besoin de son indépendance; aussi, n'est-il point agent du gouvernement; il tient son titre du prince et son pouvoir de la Charte. Il ne faut rien moins que ces précautions pour qu'il ait, sans danger, le droit immense de discerner à quels actes il doit accorder ou refuser la sanction judiciaire. Ainsi organisé, le pouvoir du juge est éminemment propre à nous conduire où tend la Charte, à la garantie constitutionnelle.

§ V. — Du pouvoir administratif.

Ici, comme partout, nous ne prenons de cette vaste matière que ce qui intéresse la garantie. La retrouvons-nous dans l'administration au même degré que dans la justice? L'y retrouvons-nous au moins telle que la comporte la nature des choses?

On a fait, dans les matières administratives, une distinction judicieuse, qui rappelle celle du droit romain entre l'empire et la juridiction, *imperii potius quam juridictionis*.

Dans les unes, l'administration commande, autorise ou défend; elle peut refuser ce qu'on lui demande; elle n'est sans doute jamais dispensée d'être juste, mais entre les parti-

(1) Dalloz, 1843, t. Ier, p. 169.

culiers et elle, il n'y a pas de médiateur nécessaire; elle ne consulte qu'elle-même; elle puise en elle ses résolutions; elle est libre et responsable, c'est l'empire.

Dans les autres, elle contracte, et par conséquent elle s'oblige : l'autorité entre dans le domaine des conventions, elle se fait partie et traite avec une autre partie sur le pied de l'égalité; s'il y a litige, l'idée d'un médiateur se présente naturellement; c'est la juridiction.

On a très-bien dit qu'à la vérité dans les deux cas il y a réclamation, mais que l'on allègue, là *un intérêt*, ici *un droit;* le *droit* suppose toujours *un intérêt*, l'*intérêt* ne suppose pas toujours *un droit*. De là les deux divisions principales que présente cette matière : l'administration active et le contentieux administratif.

De l'administration active, ou de l'administration dans ses rapports avec nos intérêts.

Le juge n'est pas responsable, puisqu'il n'est agent de personne, et qu'il ne prend aucune résolution qui lui soit propre; par la raison contraire, l'administrateur est responsable, puisqu'il a une action spontanée, que ses déterminations sont libres, et que ses résolutions lui appartiennent.

Mais la responsabilité des agents du pouvoir n'est efficace, c'est-à-dire ne procure la garantie, que si on lui donne un corps dans la loi organique. La Charte l'entend ainsi, lorsque son article 69 ordonne que la loi soit faite dans le plus court délai possible. Cette promesse de la Charte a ceci de particulier, que si en général un droit qu'elle déclare et que la loi néglige n'a aucun effet, la responsabilité qu'elle décrète en principe, et qu'on y laisse à l'état d'abstraction, en a un mauvais. Car c'est assez de l'abstraction pour servir de prétexte à des actes que l'on n'oserait pas sans elle, et c'est trop peu d'elle pour réprimer les excès que l'on risque sous son nom. La responsabilité est devenue, dans la langue des hommes d'État et des publicistes, le synonyme d'administration. Hésite-t-on sur les attributions des différents pouvoirs? Donnez, s'écrie-

t-on, donnez à la responsabilité. Élève-t-on des scrupules sur une mesure? Laissez, laissez faire la responsabilité. Et l'on donne, et on laisse faire; mais lorsque, après l'acte, vous essayez de la saisir, l'ombre s'évanouit, laissant derrière elle des traces que vous n'effacerez plus. Ainsi, un principe, dont la destination est de contenir, a pour résultat d'exciter. J'aimerais mieux le silence de la Charte, avec le seul secours des principes du droit commun. Il faut une loi, ne fût-ce que pour soustraire les agents à la mauvaise influence de ce provisoire; il en faut une, moins pour obtenir des condamnations, que pour parler à leur esprit, pour leur montrer à côté d'eux une menace toujours présente, et que l'effet est toujours prêt à suivre. Des tentatives ont été faites depuis 1830, qui ont donné lieu à de belles discussions; mais le découragement a gagné les chambres à moitié chemin, et, après avoir éclairé les approches, on s'est retiré comme devant une position inexpugnable. On est même allé jusqu'à conseiller de renoncer au problème, d'éterniser le provisoire, et de vivre au jour le jour, attendant le remède de chaque occurrence. Mais on a oublié que la Charte veut une loi, et que, quand la solution du problème ne serait pas un besoin moral, elle serait une nécessité constitutionnelle.

Si je ne me trompe, la difficulté est beaucoup moins dans la nature des choses que dans nos idées; dans la matière elle-même, que dans nos traditions impériales. L'empire a exagéré les principes de la constituante, et les a faussés. La constituante a seulement voulu séparer les deux pouvoirs qu'avait mêlés l'ancien régime, et les établir parallèlement l'un à l'autre; mais le parallélisme n'a pas suffi à l'empire; il a vu dans l'administration un instrument, il lui a donné la suprématie qui lui était utile, et, dans son besoin immodéré d'action, il en a fait une sorte de puissance inviolable. Reportez-vous à l'esprit des premiers textes : « Les fonctions judiciaires sont distinctes, et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. » Voilà dans toute sa simplicité la pensée de la constituante; les parlements faisaient des règlements, il n'en sera plus ainsi, et si le texte ajoute : « Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que

ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions, » c'est qu'en effet les corps judiciaires étaient en possession de troubler les opérations administratives, de les contrarier, et d'appeler les administrateurs devant eux, pour leur faire des injonctions et des défenses; leur immixtion dans les opérations administratives était entière; ils tiraient ce droit de l'article 209 d'une ordonnance de 1629, qui faisait un devoir aux procureurs généraux de procéder contre les gouverneurs des provinces, ensuite contre les intendants. C'est à cette immixtion dans l'opération administrative que la constituante a voulu obvier, sans nuire à la poursuite judiciaire de la personne lésée, et cependant l'esprit de l'empire a été tel, que le principe de la juridiction territoriale sur quiconque commet un délit ou cause un dommage en a été affaibli.

Si l'on convient une fois qu'autre chose est de s'immiscer dans l'opération administrative, autre chose de connaître des actions intentées contre l'administrateur, et que par conséquent celui-ci est justiciable des tribunaux ordinaires, il ne reste, ce semble, à la loi organique, pour se donner une base, qu'à résoudre les deux questions : Quelle sera l'étendue de la responsabilité de l'agent? De quelle manière s'introduira son action? L'action sera-t-elle directe ou assujettie à un préalable?

L'administrateur a une responsabilité plus large que celle du juge. Le juge, nous en avons dit la raison, ne répond que de son dol ou de son délit, parce que le délit et le dol sont toujours des faits personnels. N'être responsable que de cette manière, ce n'est l'être que d'une manière restreinte, spéciale, privilégiée, par des raisons qui ne s'appliquent qu'à certaines situations déterminées. La responsabilité de l'agent du pouvoir est régie par les règles ordinaires sur l'imputation des fautes ; autrement elle ne différerait en rien de celle du juge.

Il peut se faire que l'agent ait été l'instrument d'un ministre, et que celui-ci prenne la garantie de l'autre; sur quoi il y a deux observations à faire: 1° ce cas n'est qu'une exception; il n'arrive que lorsque l'acte est politique de sa nature, et que

l'agent est l'exécuteur passif d'un ordre délibéré par le pouvoir exécutif; ce qui laisse sous l'empire de la règle générale l'immense majorité des actes de l'agent; 2° l'exception doit se reconnaître à la nature de l'acte, qui sera appréciée par une autorité compétente, et non sur la simple déclaration du ministre, à qui il ne doit pas suffire d'étendre la main sur son agent pour le couvrir, et pour forcer la partie lésée à le faire accuser par la chambre des députés devant la chambre des pairs; cette vaste machine ne se met pas en mouvement pour un grief particulier; et ne satisfaire à la plainte la plus juste qu'à l'aide d'un moyen aussi disproportionné, ce serait anéantir la responsabilité même. A des torts ordinaires, la justice ordinaire : le bon sens le dit.

Pour que la responsabilité remontât invariablement de l'agent au ministre, il faudrait ôter à l'agent toute liberté personnelle, toute appréciation, tout discernement; résultat auquel finit par conduire une centralisation excessive; mais aussi la centralisation excessive n'a-t-elle pas nom *despotisme ?* Tout système qui retire à lui la vie entière du corps social, et dont la conséquence logique est que la partie lésée ne peut jamais s'en prendre à l'auteur immédiat du dommage, est un système illégitime, car il blesse l'ordre moral. Pline le jeune, au nom des habitants de la Bétique, accusait de concussion Classicus, ancien gouverneur de cette province, et l'accusation enveloppait deux de ses agents, Probus et Hispanus. Avant d'entrer dans la preuve des crimes de ce dernier, dit Pline (1), je crois nécessaire de démontrer que l'exécution de l'ordre d'un supérieur en une chose injuste était un crime; et les deux agents furent condamnés à l'exil. Il faudrait plaindre notre régime constitutionnel, si cette vérité de tous les temps et de tous les lieux n'en était pas une pour lui.

La seconde question fondamentale que fait naître la loi organique de la responsabilité, si la partie lésée a l'accès immédiat des tribunaux, ou si son action doit subir un examen préliminaire, rappelle l'article 75 de la constitution de l'an VIII, et les

(1) Liv. III, lettre IX.

discussions vives qu'il a suscitées. Cette lutte a montré, d'une part, des hommes d'État et de pratique réclamant l'autorisation préalable, comme la condition du bon ordre et d'une séparation réelle des pouvoirs, et de l'autre, je le dis, car je le crois, l'opinion publique, avec un sentiment vrai de la condition de l'administrateur sous la Charte. Ne se pourrait-il pas que les hommes d'État eussent raison, et que l'opinion publique n'eût pas tort? L'autorisation préalable me paraît nécessaire, comme dans tous les cas où, pour exercer un recours extraordinaire contre un acte de l'autorité, il y a autre chose à consulter que le sentiment d'une injustice vraie ou prétendue. La chambre civile de la cour de cassation n'est pas ouverte à tous les pourvois, car pour faire annuler un arrêt souverain, il ne suffit pas de lui reprocher un tort, même réel : il faut quelque chose de plus, dont le plaideur est un mauvais juge. Pour qu'une plainte contre un administrateur soit écoutée d'un tribunal, il faut, avant tout, s'assurer si elle a seulement pour objet le redressement d'un tort personnel de l'agent, ou si elle tend à rendre le tribunal appréciateur d'une mesure administrative. Cette distinction n'est point à la portée des plaideurs, pas plus qu'un ressentiment particulier n'est bon juge de l'intérêt général. A ce motif de droit et qui est permanent, s'en joignent qui tiennent aux circonstances et qui le fortifient. Nous sortons de longues dissensions civiles, et s'il était permis à toutes les rancunes de traduire directement en justice les agents du pouvoir, nos audiences donneraient un spectacle que nous n'envisagerons pas même par hypothèse. Voilà ce qu'il faut concéder au système de l'an VIII, la nécessité d'une autorisation préalable; mais par qui cette autorisation sera-t-elle accordée? Ici l'opinion publique me paraît réclamer une satisfaction qui lui est due. Pour ma part et comme homme, ma confiance est entière dans le conseil d'État; mais lorsqu'on allègue son impartialité pour justifier l'attribution qui lui a été faite de statuer sur les mises en jugement des fonctionnaires de son ordre, on met la question où elle n'est pas. Quand il s'agit de garantie constitutionnelle, défaisons-nous de l'habitude d'alléguer l'absence de l'abus; la garantie n'est jamais dans les personnes, elle n'est que dans les

institutions. A quoi tient-il que le conseil d'État, malgré son élévation, ne soit point, en ce qui concerne l'autorisation préalable, au-dessus du soupçon? A l'opinion que l'on a en France de l'administration, et qu'elle veut que l'on ait d'elle, à cette unité que rien ne divise, dont elle se vante comme d'une perfection, et qui fait que, lorsque le demandeur se plaint de l'avoir pour juge et partie, il n'y a pas de réponse rigoureusement concluante à lui faire. L'ordre judiciaire est différemment constitué; les cours royales ne font point cause commune entre elles; chacune est souveraine dans son ressort; on renvoie de l'une à l'autre pour suspicion légitime, et l'opinion ne murmure pas, car elle est sûre de rencontrer l'impartialité quelque part. Les anciens parlements avaient tenté de se constituer, sous le nom de classes, en un corps, dont le parlement de Paris aurait été la tête: mais un édit de Louis XV eut bientôt proscrit cette prétention dangereuse. L'administration de nos jours, au contraire, est sortie du génie de l'empire, comme une personne, toute d'une pièce : on ne la touche pas à une de ses extrémités, que tout le corps n'en frémisse. Encore une fois, cette centralisation tant vantée est excellente pour l'action, mais il y a autre chose que l'action dans la vie sociale : il y a encore la justice, et la justice souffre de tant de perfection.

La satisfaction que l'on demande est cependant si facile à donner! Maintenez la nécessité de l'autorisation préalable; confiez le soin de l'examen à une institution qui statuera dans un esprit tout administratif, mais qui se détachera du conseil d'État. Que l'administration reste une pour agir; mais qu'elle se modifie, quand elle devient justiciable. Les divisions intérieures créées dans le sein du conseil d'État pour la meilleure distribution du travail ne se manifestent pas extérieurement et ne disent rien à l'opinion. Tout ceci, j'en conviens, se réduit à un changement de nom et de forme; mais un changement de nom et de forme qui guérit de la défiance en rétablissant l'harmonie où elle n'est pas, et qui procure cependant la garantie, ce changement est encore un bienfait.

Digitized by Google

Du contentieux administratif,
ou de l'administration dans ses rapports avec nos droits.

Nous venons de parler de l'administration active, qui dispose sans discussion et sans contrôle de *nos intérêts* distingués de *nos droits*. Mais voici un cas où il se présente un droit, un droit puisé à la source ordinaire des conventions; il est allégué d'une part, et contesté de l'autre; on cherche pour lui la garantie. C'est le contentieux administratif.

Je souscris avec l'administration active un marché pour fournitures ou travaux publics; nous ne nous entendons pas sur la manière de l'exécuter; il y a débat. L'acte de l'autorité qui termine ce débat, de quelle nature est-il? Est-ce un acte de justice? Il semble que le doute même soit impossible. Quelle est donc l'institution qui y pourvoit? D'abord un conseil de préfecture où l'on procède sans publicité, sans défenseur, mais où il intervient une décision qui a sa force propre, et qui est exécutoire par elle-même; à tout prendre, c'est une juridiction; ensuite le conseil d'État, où l'on procède avec publicité, avec l'assistance d'un conseil, en présence du ministère public, mais où la décision qui intervient n'est qu'un simple avis, sans aucune force propre, exécutoire seulement sous la forme d'une ordonnance, et auquel cette forme peut être refusée par un ministre ou par le conseil des ministres. Ce n'est plus une juridiction. Ainsi, au premier degré, juridiction sans appareil judiciaire; au second degré, appareil judiciaire sans juridiction. En définitive, c'est le conseil des ministres qui a le dernier mot; ce qui signifie que le débat n'a pas de juges.

Que cette pratique soit née sous l'empire, on ne s'en étonne pas; qu'elle ait provisoirement duré sous le régime constitutionnel, en attendant une loi, on le comprend; les amis sages de la liberté n'ont jamais prétendu à des réformes brusques et radicales; mais qu'en 1845 l'esprit de l'empire et l'esprit de la Charte étant mis en présence, celui-ci ait éprouvé une défaite complète, c'est une trop grande circonstance de notre droit constitutionnel pour que nous ne cherchions pas à nous en rendre compte.

La loi du 19 juillet 1845 sur le conseil d'État répond par la

disposition suivante à la longue attente des publicistes : « Art. 24... Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du conseil d'État, elle ne peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres; elle est motivée, et doit être insérée au *Moniteur* et au *Bulletin des lois...* » Ainsi le conseil d'État ne donne que des avis, et si l'avis du conseil des ministres est contraire, c'est celui-ci qui prévaut.

On a dit en résumé pour qu'il en fût ainsi : Il ne faut pas de juges; leur présence dans les affaires de l'administration serait subversive : 1° parce que la Charte n'a en vue que la justice civile : elle ne parle ni de la justice administrative ni du conseil d'État; 2° parce que les habitudes du juge sont incompatibles avec les besoins de l'administration; 3° parce que le jour où un juge sera institué pour connaître des actes de l'administrateur, c'en sera fait de la séparation des pouvoirs, et le régime constitutionnel sera sapé dans sa base; 4° parce que le juge ne pourrait être indépendant de l'administration, sans que l'administration fût dépendante du juge; la juridiction absolue de celui-ci absorberait nécessairement le pouvoir exécutif tout entier, et le gouvernement lui-même. Dans l'ordre judiciaire, on a pourvu aux inconvénients d'une juridiction absolue, en plaçant au-dessus des cours souveraines une cour de cassation qui les ramène à la loi, et en défendant à la cour de cassation de connaître du fond des affaires; mais en matière administrative, la juridiction du conseil d'État, sans frein, sans limite, sans répression, ne serait autre chose que le pouvoir absolu même.

Reprenons.

La Charte n'a en vue que la justice civile, et ne parle pas du conseil d'État. La Charte dit : *toute justice;* qu'elle en compte une seule ou plusieurs, peu importe; si plusieurs, elle n'en excepte aucune; si une seule, elle l'embrasse dans toutes ses applications possibles. Il n'est pas sans péril de faire des distinctions arbitraires à propos de la première dette de l'État et de la promesse la plus sacrée de la Charte. La Charte ne parle pas plus du conseil d'État que de la cour de cassation, que de toutes les institutions qui se meuvent en dehors et au dessous

d'elle, et qui ont en elle leur principe et leur mesure : ce qui ne veut pas dire qu'elle les ignore. D'ailleurs cette objection renferme une pétition de principe : l'article 50 de la Charte veut que *les cours et tribunaux ordinaires actuellement existants soient maintenus*. Le conseil d'État, statuant en matière contentieuse, est-il, n'est-il pas un tribunal? Voilà la question.

Les habitudes du juge sont incompatibles avec les besoins de l'administration. Qu'à cela ne tienne; que l'administration ait des juges initiés à son esprit et à ses besoins, des juges dont l'instruction et même l'éducation soient administratives; qu'elle ait ses juges spéciaux, comme l'armée et le commerce; rien de plus juste; mais comment en conclure qu'il ne lui faut pas de juges?

Le jour où un juge sera institué pour connaître des actes de l'administration, c'en sera fait de la séparation des pouvoirs, et le régime constitutionnel sera sapé dans sa base. Cet argument a un grand vice; il sacrifie la fin au moyen, et voici comment : la division des pouvoirs n'a été imaginée que pour procurer la garantie des droits; elle n'est bonne et utile, elle n'a de sens que par là. Le premier de mes droits, quand j'ai un procès, c'est d'être jugé par des juges; quel que soit mon adversaire, prince, État, administration, la loi est la même pour tous. Cependant, c'est au nom de la division des pouvoirs qu'on me donne pour juge ma partie adverse; si l'objection est bonne, la garantie est sacrifiée au moyen même qui doit me la procurer; la division des pouvoirs est mauvaise; c'est la condamnation de tout le système. Voilà où tend l'argument.

Il ne se rachète pas de ce vice par sa valeur intrinsèque. Il affecte une vive sollicitude pour la division des pouvoirs, et en réalité il la détruit. En effet, il y a confusion des pouvoirs aussi bien quand l'administration juge que quand le juge administre ou connaît des actes de l'administration. Que fait-on cependant? On ôte au juge la faculté de statuer sur un droit privé, né d'un acte administratif; on la donne à l'administrateur, et on ne s'aperçoit pas que si l'on évite l'incapacité du juge à raison de l'acte, on tombe dans l'incapacité de l'administrateur à raison de la fonction; on croit avoir remédié au mal, et on n'a fait que le déplacer.

Digitized by Google

Il y a dans cet argument une confusion d'un autre genre. Le parallélisme qu'il exige entre les deux pouvoirs ne s'entend que des tribunaux d'une part, et de l'administration active de l'autre; on sait maintenant ce qu'est pour nous l'administration active. Tant qu'il ne s'agit que d'elle, cet arrangement presque géométrique est rigoureusement praticable, ou du moins le trouble ne vient pas du pouvoir judiciaire; ce pouvoir est toujours neutre dans les affaires dont il connaît, et cette neutralité inaltérable est une de ses perfections. Mais il n'en est pas ainsi de l'administration; elle se mêle aux affaires, et s'y crée des intérêts propres, en tant que personne civile; elle cesse d'être pouvoir et devient partie; je l'appelle alors administration contractante; comme contractante, elle est justiciable; comme justiciable, elle relève nécessairement d'une juridiction quelconque : ces déductions sont de rigueur. Pour parvenir à faire une administration non justiciable, on applique à l'administration contractante, c'est-à-dire à la partie, ce qui n'a jamais été dit que de l'administration active, c'est-à-dire du pouvoir.

Le système d'une administration non justiciable s'abrite fort mal à propos derrière l'assemblée constituante, dont il se vante de conserver les principes; en cela, il se donne un mérite qu'il n'a pas, et se prévaut d'une autorité qu'il usurpe. L'immortelle assemblée qui a fondé chez nous la division des pouvoirs, et à laquelle il faut toujours remonter comme à la source des saines doctrines de notre droit public, a eu présente à l'esprit la distinction fondamentale de l'administration active et de l'administration contractante; la preuve en est dans les textes qu'elle nous a laissés. Sa loi organique du 24 août 1790, dont celle du 16 fructidor an III, avec *ses défenses itératives*, n'est que la répétition, pose le principe dans sa simplicité première : *les deux fonctions sont distinctes;* les deux fonctions, c'est-à-dire les deux pouvoirs. Il est défendu aux juges de troubler *les opérations* des corps administratifs; ce qui ne s'adresse qu'à l'administration *qui opère,* à l'administration active. Cela fait, il restait à pourvoir à l'administration contractante; l'assemblée comprit si bien qu'elle était justiciable, et que rien n'était

Digitized by Google

réglé quant à elle, qu'elle l'enveloppa dans le projet d'organisation judiciaire dont elle était préoccupée; le 31 mars 1790, elle chargea un de ses comités de répondre à une série de questions préparatoires, dont la neuvième est conçue en ces termes : « Les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières, ou divisera-t-on les *différents pouvoirs de juridiction* pour les causes de commerce, *de l'administration*, des impôts et de la police? » On ne demande pas, remarquez-le bien, si l'administration aura des juges, mais quels juges, et s'ils seront ordinaires ou spéciaux; on ne se fait pas d'autre question. La réponse est dans le décret du 11 septembre de la même année, qui, disposant des attributions des tribunaux administratifs abolis, c'est-à-dire de la cour des aides et des monnaies, des bureaux de finances, des maîtrises des eaux et forêts et autres, les transporte en premier ressort aux directoires de districts, et en dernier ressort aux directoires de départements, créant ainsi pour le contentieux une juridiction spéciale sans doute, mais réelle, avec deux degrés, dont le second rend des décisions souveraines. On peut juger maintenant si le système de notre conseil d'État, simple donneur d'avis soumis au veto des ministres, est le continuateur fidèle des traditions de la constituante, et si c'est à bon droit qu'il se couvre de ce grand nom. Son origine est plus récente; il date de l'ère impériale, où il figure comme un de ces excès dont n'est exempte aucune réaction, pas même celle de l'ordre contre l'anarchie.

Le juge ne pourrait être indépendant de l'administrateur, sans que l'administrateur devînt dépendant du juge. Voilà ce que je n'ai jamais pu comprendre. Comment l'administration active perd-elle la liberté de son allure, parce que l'administration contractante a un juge? Comment le juge de l'une est-il nécessairement le tyran de l'autre? Le plaideur ordinaire dépend-il de son juge? En a-t-il la crainte? Le craint-on pour lui? En quoi le jugement d'une contestation particulière modifierait-il un système général, ou suspendrait-il même l'exécution provisoire d'une mesure? En quoi, surtout, le juge ferait-il inévitablement le mal que ne fait pas l'administrateur? Car, enfin, juge ou non, il faut que les contestations aient un terme; si l'admi-

nistrateur qui décide a le secret d'être juste sans entraver l'administrateur qui opère, pourquoi le juge spécial ne l'aurait-il pas? Ne peut-on lui faire des conditions, lui prescrire des formes appropriées à la nature de sa mission? stipuler, dans une loi, dans un cahier général des charges, dans une clause particulière d'un marché, de manière à pourvoir à tous les cas d'urgence, sauf à vider plus tard la querelle devant un juge compétent? La loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en offre un exemple : si une question civile se présente devant le jury, la procédure n'en est pas retardée; la question est réservée à qui de droit, et le jury fait provisoirement son estimation; l'administration marche comme elle veut marcher, et la justice se rend comme elle doit se rendre.

On prétend que l'administrateur à qui l'on donne un juge cesse d'être responsable; pourquoi donc, s'il ne cesse pas d'être libre? Comment se peut-il que la juridiction nuise à la responsabilité, lorsqu'au contraire c'est la responsabilité qui appelle la juridiction? Comment la responsabilité de l'administrateur meurt-elle sous un juge, qui déclare le droit entre lui et sa partie? On se prend à se demander si toutes les fois qu'il s'agit de l'administration dans ses rapports avec la garantie constitutionnelle, les notions ordinaires du bon sens sont renversées.

Dans un accès de sévérité contre les ministres, on prétend que le contentieux administratif, dénué de juridiction, ajoute à leur responsabilité. Cela ne se dit pas sérieusement. Ne semble-t-il pas que plus on laisse à leur arbitraire, plus on ait de motifs de sécurité? Et puis, quand on considère leur responsabilité réelle, que veut-on dire, en disant qu'on y ajoute? Ajoute-t-on quelque chose à rien?

On dit encore que dans l'organisation actuelle, la juridiction du conseil d'État serait absolue et sans contre-poids. J'entends. Entre un droit à garantir et une difficulté d'organisation, on se décide contre le droit, pour en finir avec la difficulté. A quelle fin cependant le législateur est-il législateur? Est-ce pour reculer devant chaque obstacle? et l'obstacle lui-même, de bonne foi, où est-il? Où serait la difficulté d'organiser le contentieux administratif sur le modèle du pouvoir judi-

ciaire, dont il emprunte d'ailleurs presque tous ses principes, et dont il remplit identiquement l'office dans d'autres matières? Pourquoi n'y pas instituer, dans des compagnies séparées, l'appel et la cassation? la cassation, avec défense de juger le fond, et obligation de le renvoyer devant un second juge du même ordre et du même degré. Il est si facile à trouver, ce juge indépendant et non absolu, que l'on dit être impossible, que quand on cherche à se rendre compte de ce mensonge obstinément maintenu dans un régime de vérité, une seule explication se présente : c'est l'horreur instinctive de l'administration impériale pour la garantie constitutionnelle.

On ajoute en dernier lieu que la jurisprudence du conseil d'État est équitable, et que personne ne s'en plaint: cela prouve que les conseillers d'État sont des hommes justes; mais si cette raison suffit, je ne sais plus pourquoi nous demandons des garanties à nos institutions : déchirons la Charte, et ne nous attachons qu'à trouver de bons despotes.

L'article 24 de la loi du 19 juillet 1845 rend définitif le mal qui n'était que provisoire.

§ VI. — De quelques actes, dont l'origine est administrative ou judiciaire, et qui rentrent dans le pouvoir exécutif.

Il y a des actes qui, descendus du pouvoir exécutif dans l'administration et la justice, remontent par la force des choses à leur origine; ni l'administration ni la justice, à laquelle d'ailleurs ils appartiennent, ne les conduiraient à leur fin; tantôt le moyen d'exécution dont ils ont besoin dépasse la portée du pouvoir dont ils relèvent immédiatement; tantôt un embarras de rouages les oblige de recourir au pouvoir exécutif, sans l'intervention duquel ils y resteraient engagés. En voici deux exemples, pris l'un dans l'ordre administratif, l'autre dans l'ordre judiciaire, et qui vont rendre plus sensible la démarcation entre le pouvoir exécutif et les deux grandes subdivisions dans lesquelles il se partage; on va voir que l'activité des deux pouvoirs dans lesquels il semble se fondre ne l'absorbe pas, et qu'il conserve son existence propre et distincte au milieu de leurs mouvements. Il est certaines choses qu'il ne peut

faire à leur place, et qu'ils ne pourraient achever sans lui.

De ce nombre est l'extradition. La poursuite d'un prévenu est un acte essentiellement judiciaire et qui ne peut jamais cesser de l'être; mais, lorsque le prévenu est réfugié à l'étranger, la poursuite serait frappée d'impuissance si l'autorité judiciaire était réduite à elle-même, puisqu'elle ne saurait rien atteindre au delà des frontières. C'est alors une nécessité pour elle de recourir au pouvoir exécutif, et de lui emprunter les moyens dont il dispose; elle ne peut ni adresser de réquisitions au gouvernement étranger, ni même négocier avec lui; c'est ce qu'explique fort bien une circulaire du garde des sceaux (1); elle ne permet aux magistrats de France ni de demander au gouvernement étranger la remise de la personne du prévenu, ni de la recevoir de lui, toutes choses qui nécessitent l'intermédiaire du gouvernement français, et le distinguent de l'autorité judiciaire.

L'autre exemple est tiré des conflits d'attribution. Les deux pouvoirs parallèles se disputent la même affaire; le pouvoir judiciaire est saisi; le pouvoir administratif veut l'être. Si l'un d'eux avait contre l'autre le droit d'évocation, il deviendrait le supérieur, et le parallélisme serait détruit. Or deux choses importent également, et que la lutte ait un terme, et que l'équilibre des deux pouvoirs soit maintenu. Pour remplir ces deux conditions, il faut donc un supérieur commun et reconnu, et, après avoir longtemps cherché, on n'en a trouvé d'autre que le roi. De quelque côté que l'on penche pour l'éviter, on ne rencontre en effet qu'une partie intéressée, et c'est à lui que l'on revient, comme au point de départ des deux grandes ramifications. Il est bien vrai que le roi réunit dans sa personne constitutionnelle des qualités diverses, dont quelques-unes ont paru incompatibles avec le droit de régler les conflits, et la doctrine a eu quelque peine à se rendre compte du titre précis auquel il fait acte de supériorité entre les deux autorités rivales. On s'est surtout élevé contre la théorie d'un avis du conseil d'État du 6 février 1821, où l'on avance que dans ce cas, *le roi ne fait*

(1) Elle est du 5 avril 1841; je la trouve mentionnée à la page 697 du second volume de l'excellent *Traité* de M. Faustin Hélie *sur l'instruction criminelle.*

pas, comme la cour de cassation, un simple acte de juridiction, et qu'il agit comme administrateur suprême; on a blâmé cette qualification d'*administrateur suprême,* dont la justesse peut en effet être contestée; dans les principes généraux de la Charte, le roi ne saurait être un administrateur, puisque l'administrateur est agent et est responsable (1); et dans le cas particulier d'un conflit, c'est peut-être la qualité qu'il faut le plus soigneusement éviter de lui donner, puisqu'on le ferait agir au nom d'un des pouvoirs intéressés, et qu'on lui ôterait ainsi son caractère de médiateur et de juge. La question, il faut en convenir, semble dégénérer en une querelle de mots, puisque, d'accord sur la personne du médiateur, on ne se divise que sur sa qualité. Mais telle est la rigueur de la doctrine constitutionnelle, et le danger que peut lui faire courir un mot impropre; lors même qu'on est d'accord sur la personne, la qualité n'est pas indifférente, et l'intérêt des principes est qu'elle soit fixée. Si le roi intervient dans le règlement des conflits, c'est comme chef du pouvoir exécutif, et non d'un des pouvoirs qui en dérivent.

C'est une ordonnance du 1er juin 1828 qui règle cette matière; sur quoi il y a deux regrets à exprimer :

Le premier, que ce soit une ordonnance et non une loi qui s'acquitte de ce soin. Était-ce trop du pouvoir suprême de la société pour donner un médiateur aux deux pouvoirs secondaires, pour dessaisir un juge qui veut rester saisi, et pour troubler l'ordre hiérarchique des juridictions?

Le second, que le pouvoir d'élever le conflit soit donné au préfet, à l'agent même d'une des parties. Si, dans la saine doctrine des conflits, c'est au chef du pouvoir exécutif que l'on s'adresse pour trouver le vrai médiateur, si l'inconvénient à éviter est de donner à l'une des parties le droit de revendication contre l'autre, est-ce devant un acte de l'autorité rivale que doit s'arrêter celle qui est saisie? Le déclinatoire du préfet une fois rejeté, ne faut-il pas un acte du pouvoir exécutif pour suspendre le cours de la justice?

(1) Voy. ci-après le chapitre *Du Prince.*

TITRE DEUXIÈME.

FORMES DU GOUVERNEMENT DU ROI.

Autre chose le pouvoir et ses divisions, autre chose le gouvernement et ses formes. Le pouvoir est l'âme, le gouvernement est le corps; c'est du pouvoir que part ce principe de vie qui coule dans les membres et les organes, et qui distribue à chacun d'eux ce qu'il lui faut de force pour sa fonction.

La division du pouvoir est la condition nécessaire de la garantie; aussi la retrouve-t-on dans toutes les constitutions monarchiques, aristocratiques ou démocratiques, dont l'objet est de se prémunir contre le despotisme, car la liberté n'est le partage exclusif d'aucune d'elles. Sous ce rapport, la division du pouvoir est une vérité absolue, tandis que la forme du gouvernement n'est que relative.

Nous avons dû commencer par la première; elle précède la seconde dans l'ordre des idées. La Charte ne s'occupe que de celle-ci; non qu'elle ignore la division du pouvoir, elle la présuppose au contraire comme lui servant de base; mais elle se borne à l'indiquer dans ses articles 12 et 14, laissant à la doctrine le soin d'en déterminer le caractère et les limites.

La forme donnée au gouvernement par la Charte est monarchique. Pourquoi cette forme plutôt qu'une autre? C'est ce que nous n'avons point à expliquer ici; la France est monarchique par toutes les raisons qui en font une des puissances de la terre;

Digitized by Google

et cette vérité, que la Charte proclame et ne crée pas, que la loi du 9 septembre 1835 retire de la dispute, et que la doctrine n'a plus besoin de défendre, nous la prenons comme un axiome. Le trait qui caractérise la monarchie constitutionnelle et qu'il importe de mettre en relief, c'est son alliance avec la liberté; la monarchie antique était absolue; elle réfléchissait les qualités personnelles du prince; elle était bonne ou mauvaise, selon qu'il était lui-même l'un ou l'autre. Mais la liberté ne se concevait qu'avec la forme démocratique, plus ou moins mélangée d'aristocratie. Aussi les idées de monarchie et de servitude s'étaient-elles confondues; cette confusion se perpétuant dans le monde moderne, au milieu d'un état social profondément modifié, notre éducation classique en a fait un de nos préjugés les plus opiniâtres. L'Angleterre a eu la gloire d'apercevoir, la première, la possibilité de l'alliance, et d'en trouver le secret dans le long travail de sa constitution; elle en a laborieusement dégagé cette vérité consolante, que la vraie liberté gît beaucoup moins dans l'exercice des droits politiques, où l'antiquité la voyait uniquement, que dans la jouissance des droits naturels, réglée et garantie par la loi civile. C'est cette nouveauté que la Charte organise sous les formes du gouvernement du roi.

Les manifestes les plus récents (1) des écoles modernes résument en ces termes leurs griefs contre la monarchie : *Elle repose*, disent-ils, *sur un principe d'exclusion, parce que le privilége d'un seul amène celui de plusieurs.* Vous qui avez lu la Charte, cela est-il vrai? L'admissibilité de tous et leur égalité devant la loi n'y sont-elles pas écrites? et, quant au privilége du monarque, à qui donc est-il communicable? où sont ceux qu'il engendre? *Le régime monarchique met la société en perpétuelle contradiction avec la nature humaine...* On regarde; on voit la monarchie constitutionnelle demander à la nature humaine quels droits elle entend qu'on lui garantisse; est-ce là qu'est la contradiction? *Il est obligé de créer un faux intérêt social au profit duquel une foule d'intérêts individuels sont méconnus ou écrasés...* Nous craignons une méprise; il nous

(1) *Histoire de la Révolution française*, par M. Louis Blanc, t. Ier, p. 449.

semblait que c'est l'état de communauté qui ne vit qu'aux dépens des droits individuels, et que la monarchie constitutionnelle n'a de force et de volonté que pour les défendre.

Les grandes formes du gouvernement, selon la Charte, sont:

Le prince, dont la personne est inviolable et sacrée; il est le chef suprême de l'État; le pouvoir exécutif lui appartient tout entier, et il participe pour un tiers au pouvoir législatif. Cette double attribution est pleine de sagesse. Il eût été à craindre que le pouvoir exécutif n'apportât point de zèle dans l'exécution d'une loi faite sans lui, et peut-être malgré lui; en lui donnant une part dans la loi, on lui fournit un moyen de se défendre en cas d'attaque; on l'intéresse à la bonne application d'une règle qu'il n'a point faite seul, mais qui n'a pu se faire qu'avec son concours; il a plus que du zèle, il a de la sympathie pour son ouvrage; l'inconvénient de déranger en quelque chose la symétrie que les constitutions de 1791 et de l'an III avaient établie entre les pouvoirs ne balançait pas de tels avantages; d'ailleurs, le mélange qui se fait dans la personne du prince d'un tiers du pouvoir législatif avec la plénitude du pouvoir exécutif ne nuit pas à leur séparation réelle; même dans la personne où ils se rencontrent ainsi, ils restent distincts; le prince, comme chef du pouvoir exécutif, ne peut rien sur la règle à laquelle il a participé comme pouvoir législatif, et la nouvelle rédaction de l'article 13 de la Charte ne permet aucun doute à cet égard, puisqu'elle défend au prince de suspendre les lois et de dispenser de leur exécution. Nous avons donc eu raison de traiter des deux pouvoirs séparément;

La chambre des pairs et la chambre des députés, qui complètent avec le prince le pouvoir législatif;

Les ministres, agents responsables d'un prince qui ne peut jamais l'être;

Immense mécanisme qui résout le problème des contre-poids politiques; monde de convention, tout peuplé de créations de la loi et de fictions constitutionnelles, dont la plus grande, qui les résume toutes, est la représentation nationale. Ce ne sont pas les jurisconsultes philosophes qui feront aux formes de notre gouvernement le reproche d'être fondées sur des fictions; ils

savent trop bien que les fictions légales sont des vérités intellectuelles déduites de nos besoins sociaux, et que, retrancher la métaphysique du droit, c'est supprimer le droit lui-même, qui n'est qu'un être métaphysique. Les fictions abondent dans le droit civil, qu'elles seules rendent possible et raisonnable, à commencer par la présomption qui suppose que tout le monde le connaît; cette nécessité est encore plus évidente dans le droit public, où les combinaisons de l'homme ont une part plus grande (1).

CHAPITRE PREMIER.

DU PRINCE (2).

Rien de plus simple, de plus vulgaire, j'allais dire de plus grossier, que la notion du prince absolu. Un prince à qui il suffit de prononcer ces mots : *Je le veux*, pour s'asseoir sur le trône en sûreté de conscience, est l'expression la plus claire du pouvoir. Mais le prince constitutionnel est une personne complexe, une combinaison savante, où l'homme se modifie au point de disparaître, et de ne laisser à sa place qu'un sujet de controverse et d'étude. C'est la matière de tout un enseignement d'expliquer avec précision ce qu'il est et ce qu'il peut, et c'est chez lui l'indice d'une intelligence cultivée, d'avoir conscience de lui-même. La conscience de son être constitutionnel manquait à Charles X.

La monarchie est héréditaire pour répondre aux deux principaux besoins d'une grande nation : 1° au besoin d'ordre et de paix publique, en décourageant les ambitions, en ôtant à l'usurpation toutes les chances, en maintenant au-dessous d'elle les orages de la liberté; 2° au besoin d'unité et de suite dans l'exécution des lois, en obviant aux périlleuses intermittences du gouvernement.

(1) Consulter sur la nature et la légitimité des fictions de droit un ouvrage trop peu connu : *Le droit dans ses maximes*, par M. Duval, procureur du roi à Brest, 1837, p. 79 et suivantes.

(2) La Bruyère, *Du souverain*, n° 2, t. Ier, p. 319.

La vie d'un peuple est longue, et chaque génération n'a, pour y pourvoir, que la vie courte des individus qui la composent. Voilà pourquoi la sagesse sociale fonde une institution égale en durée, sinon à l'existence tout entière du peuple, au moins à une de ses périodes, et dans laquelle des individus, dont l'existence particulière est finie, se succèdent sans interruption, pour entretenir en elle une existence politique qui ne le soit pas, à peu près comme ce vaisseau des Argonautes, à qui de nombreux radoubs n'avaient plus laissé une seule pièce de sa construction primitive, et qui n'en conservait pas moins son identité. C'est conséquemment à cette pensée que va se former notre droit public; il va faire abstraction de l'individu, pour ne voir que l'institution; il va proclamer que le prince se transforme, et qu'il ne peut plus mourir; il va exiger qu'il n'agisse pas. Il va regarder comme un triomphe de neutraliser ses qualités personnelles, d'en diminuer l'influence, de manière à ne pas se faire une nécessité des bonnes, et à ne pas craindre les mauvaises. Madame de Staël disait à l'empereur Alexandre: « Sire, votre caractère vaut une constitution. — Je ne suis, répondit l'empereur avec beaucoup de sens (1), qu'un heureux accident pour mes peuples. » Ce que la Charte prend à tâche, c'est de faire que ces accidents personnels, heureux ou non, cessent d'être décisifs, et que le bonheur du peuple ne dépende plus d'une chose variable. La Providence semble avoir affligé deux princes de la même infirmité, pour montrer la différence du régime constitutionnel au pouvoir absolu; la démence de Charles VI a mis le comble aux calamités du royaume; en Angleterre, la démence de George III n'a point été un malheur public.

C'est pour obtenir ce résultat que l'on a imaginé d'absorber le prince dans l'institution; l'institution ainsi considérée est

(1) C'est dans le même sens que l'on cite cette réponse de la femme de chambre de madame de Pompadour au médecin de la favorite. Louis XV survint inopinément pendant une visite du docteur, qui en parut troublé; et, comme la femme de chambre lui en demandait la cause : « Je ne puis, dit-il, voir de sang-froid un homme qui peut me faire couper la tête. — Ah! repartit la femme de chambre, le roi est trop bon! »

une abstraction sans doute, mais une abstraction permanente au milieu de vicissitudes continuelles, et c'est là son mérite; elle enchaîne à un principe stable une destinée changeante et caduque, et corrige par une fiction légale l'infirmité de notre nature.

M. Benjamin Constant appelle cette institution *pouvoir royal*. Lors même que l'on s'entend sur les choses, les mots ne sont pas encore indifférents; l'institution n'est pas pour nous un pouvoir, mais une forme. Nous ne connaissons de pouvoirs que ceux dont nous venons de traiter dans le titre précédent, et nous n'admettons pas plus le pouvoir royal que le pouvoir politique, que le pouvoir parlementaire: ce mot ne se prodigue ainsi qu'au péril de la garantie. Cromwell ne prit pas le titre de roi, qui ne conférait qu'un pouvoir défini; il préféra celui de protecteur, dont l'autorité n'avait point de limite connue.

§ Ier. — Changement d'état du prince.

Ce n'est pas dans la loi romaine qu'il faut chercher les règles du changement d'état dont il est ici question. Le changement d'état, à Rome, était un changement en mal, une diminution, quelquefois une perte totale des droits de cité; mais celui que la loi constitutionnelle opère dans le prince, l'anéantissement de la personne privée dans la personne publique, est l'inverse; il élève l'homme au-dessus de la condition humaine; c'est la création d'un état qui serait impossible dans l'ordre naturel, une sorte d'exaltation politique par la puissance d'une fiction.

Il faut dire, à l'honneur de notre ancienne monarchie, qu'elle avait adopté ce changement d'état, et qu'il n'était pas chez elle un simple précepte, mais une manière de proclamer que les rois sont faits pour les peuples et non les peuples pour les rois, et de recommander à ceux-ci, comme une vertu morale, le dévouement au bien public, le renoncement à eux-mêmes; elle était allée plus loin; elle en avait fait un principe de droit public, et le mettait au nombre de ce qu'elle appelait les lois du royaume, distinguées des lois du roi. De ce que le prince s'identifiait avec l'État, elle avait rigoureusement conclu que

ses biens personnels étaient dévolus au domaine, et il se passa, sous le règne de Henri IV, un fait caractéristique. Ce grand prince, dont le droit n'avait été reconnu que par force, était parvenu au trône, ruiné et presque nu. Il crut, après son avénement, avoir de bonnes raisons de conserver ses biens personnels, et les affranchit, par un édit de 1590, de l'antique loi de la réunion. Mais *ce victorieux et cette barbe grise* ne put jamais obtenir du parlement l'enregistrement de son édit, et son procureur général de la Guesle s'honora par sa résistance. Que fit le roi? Il céda, et revint au principe de la dévolution des biens par son édit de juillet 1607, dont le préambule porte ces paroles remarquables : « La cause la plus juste de cette réunion a, pour la plupart, consisté en ce que nos prédécesseurs *se sont dédiés et consacrés au public, duquel nous ne voulons rien avoir de distinct ni séparé; ils ont contracté avec leur couronne une espèce de mariage communément appelé saint et politique, par lequel ils l'ont dotée* de toutes les seigneuries qui, à titre particulier, pouvaient leur appartenir... La justification de ce grand et perpétuel dot se peut aisément recueillir d'une bonne partie desdites unions, etc. » Et l'apport de la dot fut réalisé : la dévolution eut lieu.

Ce qui était vrai autrefois l'est à plus forte raison aujourd'hui; car enfin, sous l'ancien régime, le changement d'état, bien que formellement reconnu en principe, n'avait cependant produit son effet que sur les biens; il n'en avait eu aucun sur la volonté du prince, qui était restée dans la direction des affaires, aussi absolue que celle du maître dans la disposition de sa chose; cette inconséquence dans le changement d'état était elle-même une loi fondamentale; au lieu que la volonté du prince constitutionnel étant limitée, à ce point que l'exercice de la royauté n'est souvent chez lui que le sacrifice de sa volonté individuelle à la raison sociale, le changement d'état est sans réserve, le vieil homme est plus complétement dépouillé, et l'application du principe se poursuit dans toutes ses conséquences. Quand donc la Charte dit : *formes du gouvernement du roi*, elle ne parle que du roi transfiguré, du roi-principe, du roi-institution.

Notre constitution est trop jeune encore pour nous fournir de ces précédents qui prouvent les principes par les faits. A défaut de jurisprudence nationale, recourons à l'Angleterre.

Henri VII, avant son avénement, et pendant les guerres des maisons d'York et de Lancastre, avait subi une condamnation sous le nom de comte de Richmond. Il monte sur le trône; que devient sa condamnation? Elle s'efface par le seul fait de l'avénement; la disparition de la personne privée est telle qu'il n'en reste rien, pas même la tache imprimée par la justice. C'est ce que décide le parlement dans un acte que Bacon explique comme nous venons de le faire.

Ce même Henri VII, que Bacon donne pour un législateur de génie (1), fit, la deuxième année de son règne, un statut que l'on appelle, par excellence, le statut de Henri VII, et qui est bien l'épilogue des guerres civiles; il défend de distinguer entre le prince de fait et le prince de droit, et de rechercher pour crime de haute trahison *tout serviteur du roi et souverain seigneur actuellement en possession du trône, qui lui aura rendu de bons et loyaux services.* Ce statut, dit Hallam (2), reste comme une autorité incontestable à l'appui de cette maxime constitutionnelle, que la possession du trône donne un droit suffisant à l'obéissance des sujets, et justifie la résistance à quiconque essaye de faire valoir de meilleurs droits que ceux du prince régnant. On peut penser ce que l'on voudra de cette application du principe; mais le principe est la base de ce statut célèbre : cette vertu intérieure du trône, se communiquant à quiconque vient s'y asseoir, n'est autre chose que la personne publique s'assimilant la personne privée.

Un publiciste du temps de la reine Élisabeth, Thomas Smith, dans un passage rapporté par Hallam (3), atteste qu'il a vu, *sous le règne du roi actuel,* une enquête contre des jurés...; sur quoi M. Guizot fait la note suivante : « Le mot *roi,* appliqué à Élisabeth, est remarquable; mais il n'est pas rare de lui voir

(1) Hallam, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre,* t. Ier, p. 19; traduction de M. Guizot. 1828.
(2) *Ibid.,* p. 17.
(3) *Ibid.,* p. 72.

donner le titre de *prince;* » c'est que, dans la saine doctrine constitutionnelle, la personne privée n'existant plus, il n'y a point à distinguer entre l'homme et la femme : l'institution n'a pas de sexe.

Voici deux exemples plus récents et peut-être plus curieux :

Lorsqu'en 1642, le parti presbytérien leva une armée contre Charles Ier, il la leva au nom du roi, et ce fut, dit M. Villemain, par habitude plutôt que par dérision (1)! C'était très-sérieusement que les parlementaires se prévalaient du nom du roi contre le roi lui-même. Charles II, effrayé de cet exemple, proposa un bill portant qu'*on ne peut prendre les armes par l'autorité du roi contre sa personne;* mais ce bill parut contraire à la règle, ne passa à la chambre haute qu'à la majorité de deux voix, ne fut même pas discuté à la chambre des communes, et n'est jamais devenu loi.

L'autre exemple n'est pas moins remarquable :

Lorsque George III fut interdit, et la régence confiée au prince de Galles, le bill ayant passé aux deux chambres, il arriva que le roi sanctionna sa propre interdiction, c'est-à-dire son incapacité à rien sanctionner. M. Rey (2) ne voit dans ce procédé qu'*un respect hypocrite et puéril pour les lois.* Il n'aurait dû y voir qu'une conséquence naturelle d'un principe fondamental.

Ces précédents, auxquels on en pourrait ajouter beaucoup d'autres, sont pris, comme on peut le voir, sous les trois dernières dynasties de l'Angleterre, les Tudors, les Stuarts et la maison de Hanovre; au milieu de tant de vicissitudes, le principe de changement d'état n'en a éprouvé aucune.

§ II. — De l'incapacité d'action, et de la maxime : *Le roi règne et ne gouverne pas.*

Entendons-nous bien, c'est ici surtout que la doctrine a besoin de précision. La question qui s'annonce est, comme on le voit, celle du gouvernement personnel, question célèbre qui a passionné les esprits en Angleterre, qui les passionne aujour-

(1) *Histoire de Cromwell*, t. Ier, p. 43.
(2) *Institutions judiciaires*, t. Ier, p. 106.

Digitized by Google

d'hui en France, afin que rien ne manque au parallèle des deux peuples. Mais chez nous, comme chez nos voisins, elle s'est compliquée de difficultés qui peut-être lui sont étrangères, et dont il importe tout d'abord de la dégager. En réalité, le gouvernement ne risque de devenir personnel que si le prince tente de se passer de ses ministres dans l'exercice du pouvoir exécutif; il n'est guère possible de le concevoir autrement. Cependant on a cru l'apercevoir dans deux situations où il n'est pas, où il ne peut pas être : 1° lorsque le prince, de concert avec ses ministres, lutte contre la majorité des chambres, et cherche à faire prévaloir sur leur esprit celui de son cabinet; 2° lorsque le prince, isolé de ses ministres que l'on suppose d'accord avec la majorité, les laisse gouverner, mais les contrarie par tous les moyens d'influence dont il dispose. De ces deux hypothèses, la première s'est réalisée chez nous en 1830; c'est elle qui a amené la révolution de juillet; la seconde ne s'est, à bien dire, réalisée d'une manière caractéristique qu'en Angleterre, sous le règne de George III. Dans aucune ne se rencontre le gouvernement personnel, puisque dans chacune d'elles, ce sont les ministres qui gouvernent, soit de concert avec le prince contre les chambres, soit de concert avec les chambres contre le prince. Elles naissent toutes deux du jeu du système représentatif, et nous en renvoyons l'examen au chapitre où nous en traiterons. Ici nous n'envisageons le gouvernement personnel que comme conséquence du changement d'état. La discussion gagnera en clarté à cette séparation.

Nous avons distingué dans le prince la personne publique de la personne privée, et nous avons même dit que celle-ci allait se perdre dans la première; tellement, qu'il a été permis de n'en plus voir qu'une seule, à savoir, celle qui a dévoré l'autre. Qu'est-ce à dire? Cette fiction, puisque c'en est une, est-elle absolue? Non évidemment, car elle n'irait à rien moins qu'à supprimer l'homme. Mais à cela près qu'elle ne supprime pas l'homme, et qu'elle le laisse vivre de sa vie naturelle, ne va-t-elle pas au moins jusqu'à la réduire à un état rigoureusement passif? Cette absurdité vaudrait bien l'autre. Le changement d'état se ferait en mal, et dégraderait au lieu d'élever; le prince

ne vivrait même pas de sa vie naturelle, s'il avait des yeux pour ne point voir, des oreilles pour ne point entendre, une raison pour ne point s'en servir; la nation se donnerait un chef auquel elle ferait une condition, je me trompe, une vertu de la stupidité. Le plus grand éloge d'un prince constitutionnel se résumerait dans cette formule, que les chroniqueurs écrivaient au bas du portrait de chacun des rois fainéants : *Juvenis qui nihil fecit;* et nos combinaisons les plus savantes aboutiraient au fétichisme; non, à quelque chose de pis; car le fétiche ne renonce pas à son instinct.

Tout cela est absurde, même dans le monde des fictions; les fictions ont leur bon sens, comme le merveilleux a sa vraisemblance. Quelle est donc la vraie doctrine? Comment le changement d'état peut-il rester tel qu'on l'enseigne, sans que le prince cesse d'être le digne chef d'une nation libre? Voici peut-être la réponse.

Notre étude se renferme tout entière dans le monde officiel, dans ce monde où la Charte a bâti ses fictions, où se meuvent les rouages du gouvernement, où le pouvoir se manifeste par des actes, où l'autorité publique commande, défend, dirige, prévient, réprime; ce qui se passe sur cette scène où se portent nos regards, c'est l'action; mais l'action a une cause; quelque chose la précède. Au fond de la scène, derrière cette toile que la Charte ne soulève pas, il y a le conseil, travail préparatoire dont les résultats seuls tombent sous nos sens et nous atteignent. Là réside le roi (1), non pas comme corps inerte, uniquement destiné à remplir un vide, mais comme intelligence; car c'est à une intelligence que l'on s'adresse, quand on lui confie le soin de choisir ses ministres, de les contrôler par la majorité des chambres, de contrôler cette majorité elle-même par l'opinion publique, de se décider en conséquence pour la dissolution de la chambre élective ou pour un changement de cabinet, c'est-à-dire de remplir la tâche la plus difficile dans un pays libre, de discerner l'opinion vraie des opi-

(1) « Le roi, suivant notre constitution, est supposé présent au conseil... » Hallam, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. V, p. 152.

Digitized by Google

nions qui usurpent sa ressemblance, et de juger tous les partis en se tenant au-dessus d'eux ; le régime constitutionnel n'a pas de difficultés plus grandes, et l'on suppose nécessairement à celui que l'on charge de les résoudre, un sens politique très-perfectionné. C'est si bien une intelligence qu'il faut dans le prince, que, s'il est mineur, on lui donne un régent; pourquoi un régent, s'il ne s'agit que d'occuper le trône? Un fétu s'en acquitterait aussi bien qu'un homme. Or la nécessité d'une intelligence ne peut se comprendre que pour délibérer des affaires de l'État; délibérer dans le conseil, c'est le droit et le devoir du prince; ce n'est pas encore l'action, mais c'est l'influence; et si l'on refuse même l'influence, on retombe dans l'absurde, on supprime l'être intelligent dans le prince. On comprend à merveille que cette partie intérieure des affaires reste invisible, et que la Charte ne franchisse pas le seuil du cabinet; l'influence d'un homme sur un homme n'est point de ces choses qui se mesurent; elle échappe à toute discipline humaine. Quelqu'un prévaut toujours dans une délibération; il est inévitable que l'un prenne l'ascendant, et que l'autre le subisse; il n'est même pas impossible que le premier en abuse. Qu'y faire? Aucun gouvernement n'a de remède à ce mal, si mal il y a. Mais la Charte a des palliatifs; les hommes d'élite dont elle entoure le prince dans le conseil n'y sont pas pour obéir; c'est leur opinion propre qu'elle leur demande, et elle ne peut pas le leur signifier plus énergiquement qu'en les déclarant responsables; or, chez un homme de cœur, rien ne donne le courage du devoir comme le sentiment de la responsabilité. Ajoutez que l'influence excessive du roi dans le conseil est un danger plus rare qu'on ne pense; chez les princes comme chez les autres hommes, la médiocrité est la loi commune; et il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement, les héros et les monstres ne seraient plus des exceptions. C'est sous cet aspect que la Charte envisage l'humanité, et, comme sa donnée est établie sur la moyenne de plusieurs siècles, elle ne lui fait point tort, et rencontre juste le plus souvent. La race carlovingienne offre, sur treize rois, deux hommes extraordinaires, et la race capétienne, sur trente-trois rois, y compris Louis XVI, neuf grands caractères et deux tyrans; le reste

n'eût pas été aperçu dans la condition privée. Hallam (1) réclame pour les rois de son pays quelque chose de plus que la moyenne ; mais l'observation de tous les temps est peu d'accord avec cette illusion du patriotisme. « Allez, disait Oxenstiern à son fils, qui tremblait de se présenter si jeune au congrès de Munster, allez, vous verrez par quels hommes le monde est gouverné. » « Je n'aurais jamais cru mon espèce si pauvre, » écrivait madame Rolland. « Que les hommes sont rares! » s'écriait Bonaparte entrant au consulat. A l'exception des fondateurs de dynasties, chez qui de grandes circonstances excitent de grandes facultés, les princes en général ne dépassent pas ce niveau. On compte même comme un des avantages du pouvoir héréditaire la sécurité que donne la possession régulière et certaine du rang suprême, lorsque, n'apercevant autour d'elle aucun objet de convoitise, elle amortit les passions, et laisse aux facultés du prince le calme de la vie ordinaire. Quatre héros, issus l'un de l'autre, Pepin d'Héristal, Charles Martel, Pepin le Bref et Charlemagne, se succèdent sans interruption ; mais à peine Charlemagne a-t-il fondé son empire, que la transmission légale et paisible du pouvoir laisse retomber sa race au niveau du vulgaire. Cette remarque est de M. de Sismondi (2).

Il ne faut donc pas s'inquiéter à l'excès de ce qui se passe dans le conseil, où l'homme est forcément abandonné à lui-même ; il ne faut surtout pas tenter d'y introduire une règle impossible. Mais si la règle n'entre pas dans le cabinet, elle saisit tout ce qui en sort ; ce qui n'est que conseil au dedans se traduit en acte au dehors, et tombe sous l'empire de la fiction: l'homme disparaît, et l'institution reste seule.

Si maintenant on me demande ma pensée sur la maxime : *Le roi règne et ne gouverne pas,* je répondrai qu'elle est vraie ou fausse, selon ce que l'on entend par gouvernement. Si opiner dans le conseil, c'est gouverner, le roi gouverne ; si le gouvernement ne commence qu'au sortir du conseil, s'il se compose

(1) *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. V, p. 132.
(2) *Histoire des Français*, t. III, p. 50.

essentiellement d'actes extérieurs, le roi ne gouverne pas. Dans les discussions auxquelles la maxime a donné lieu, ceux qui la combattent n'ont vu que le conseil, et ont allégué la nécessité de laisser le roi mettre dans la balance le poids de sa sagesse; ceux qui tiennent pour la maxime se sont placés dans la sphère de l'activité constitutionnelle, et ont allégué que le roi ne pouvait s'y permettre un seul acte. Si je ne me trompe, ni ceux-ci n'érigent en principe l'inertie du prince dans le conseil, ni ceux-là ne revendiquent pour lui une part active dans l'administration ; mais chaque parti n'aperçoit qu'une des deux périodes que nous venons de distinguer : l'un voit le gouvernement dans la première, l'autre ne le voit que dans la seconde, et chacun en dérive sa théorie. Les exemples de George III et de George IV sont de la première espèce ; il s'agissait pour eux de renvoyer ou de garder leurs ministres : il se peut que dans cette lutte ils n'aient pas toujours observé de mesure; mais enfin, à l'exception de l'impardonnable tort que se donna George IV en chargeant lord Temple de déclarer à la chambre haute que ceux qui ne voteraient pas dans son sens seraient *ses ennemis personnels*, ce n'étaient que des déterminations intérieures qui ne se traduisaient pas en actes formels. Il est donc vrai que la question est telle que nous l'avons posée: Où est le gouvernement?

Cette question pourrait bien n'être que dans les mots; car si l'on tombe d'accord, d'une part, que dans le conseil, le roi ne peut se réduire à une nullité systématique; de l'autre que, hors du conseil, il ne peut rien sans le contre-seing d'un ministre, n'est-on pas d'accord sur tout ce qui importe? Cependant, il n'est pas bon de laisser indécis le sens d'un mot aussi usuel, et sur lequel roule une question fondamentale. Je dirai ma pensée, moins pour moi que pour ceux qui mettent la question dans la signification du mot.

Dans le vocabulaire constitutionnel, gouvernement signifie action des grands pouvoirs institués par la Charte. Je ne comprends pas de gouvernement sans action; le conseil ne fait pas plus partie du gouvernement que la délibération qui précède toute action raisonnable ne constitue l'action, ni même un

commencement d'exécution. Le gouvernement naît au moment précis où la pensée devient acte, acte touchant ma personne ou mes biens. Cela posé et dans cette limite, l'incapacité d'action chez le prince est absolue. Et je résume la doctrine dans cette formule, qui n'a pas la concision proverbiale de l'autre, mais qui est moins contestable : Le roi influe sur le gouvernement, il ne gouverne pas.

S'il en est ainsi, pourquoi donc la signature du roi figure-t-elle sur l'acte, au même titre que celle du ministre? Cette signature n'est-elle pas une participation à l'acte? Non, les deux signatures n'y figurent pas au même titre; celui-là seul participe à l'acte, celui-là seul est agent, qui est responsable : et le roi ne l'est pas. Le contre-seing du ministre responsable signifie que l'acte est sien, qu'il se l'approprie, qu'il en est l'auteur, et qu'il se charge de l'exécuter; la signature du roi ne lui est nécessaire qu'au premier degré du pouvoir exécutif, pour faire l'ordonnance; elle cesse de l'être à l'étage inférieur, quand l'ordonnance descend à l'administration : l'ordre seul du ministre suffit alors pour mettre en mouvement tous les agents secondaires. La signature du roi n'implique de sa part aucune approbation : il peut avoir lutté contre la mesure, et, comme il ne saurait imposer sa volonté aux ministres responsables sans détruire leur liberté, il y a nécessité qu'il cède, puisqu'il ne peut se retirer; d'où il suit qu'il donne quelquefois sa signature sans son adhésion, et que l'acte ne lui appartient pas nécessairement, au lieu que le ministre qui peut se retirer ne donne son contre-seing à l'acte qu'en l'adoptant.

On demande quel est donc l'objet de la signature du roi, si elle n'a pas le sens ordinaire d'une signature au bas d'un acte? C'est le cachet monarchique. Le gouvernement serait changé, si le ministre se passait de la signature du roi sur l'ordonnance, tout aussi bien que si le roi se passait du contre-seing du ministre. Les deux signatures sont nécessaires, mais à des titres différents. Lequel est-il donc le plus difficile de croire, ou que l'ordonnance signée du prince n'est pas son ouvrage, ou que le discours qu'il prononce à l'ouverture d'une session législative est celui des ministres? Et cependant telle est la force de la

fiction, que les paroles qui sortent alors de sa bouche ne lui sont pas personnelles, et que les ministres en répondent.

Passons des explications théoriques aux exemples, et choisissons des actes analogues dans les deux espèces de gouvernements.

Lorsque Sully (1) fut envoyé comme ambassadeur en Angleterre, pour renouer avec Jacques Ier le fameux projet de Henri IV contre la maison d'Autriche, il exigea une autorisation écrite de la main du roi ; en quoi Sully agissait conséquemment aux maximes du pouvoir absolu, et mettait réellement sa responsabilité à couvert. Henri IV se permettait un fait personnel, mais il le pouvait. Voici le même fait sous le régime constitutionnel : pendant les négociations de la paix de Nimègue, Danby, grand trésorier de Charles II, écrivit à Louis XIV une lettre où le roi d'Angleterre se mettait aux gages de la France, moyennant le prix annuel de six millions, pendant trois ans. Une pareille démarche répugnant au cœur de Danby, le roi prit la dépêche, et y ajouta de sa propre main ; *Cette lettre est écrite par mon ordre.* Ici le fait personnel du prince violait la loi fondamentale, et la protection dont Charles voulut couvrir Danby ne put sauver le ministre ; la fatale lettre ayant été rapportée en Angleterre par l'ambassadeur Montague, le pardon anticipé donné par le roi fut rejeté, et Danby mis en accusation (2).

Pendant son ambassade à Londres (3), Sully correspondait directement avec Henri IV, au moyen d'un chiffre de convention qui n'était intelligible que pour eux. Avant le ministère de Louvois, les généraux en usaient ainsi avec le roi ; Louvois les astreignit à correspondre par son intermédiaire. Il ne put réussir auprès de Turenne, dont il n'était pas aimé, et qui s'adressait toujours à Louis XIV ; mais le prince ne répondait à Turenne qu'après avoir conféré avec Louvois. Même observation sous le règne de Louis XV : ce prince avait pris un certain Fabvier pour intermédiaire de la correspondance politique qu'il

(1) *Mémoires de Sully*, liv. XIV, p. 195.

(2) Voy., sur ce procès, Hallam, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. IV, p. 20 et suiv.

(3) *Mémoires de Sully*, liv. XIV, p. 211.

entretenait avec le comte de Broglie, à l'insu et contre les vues de son cabinet (1). Voici encore le même fait sous le régime constitutionnel : de nos jours (2), un des chefs d'accusation contre le général Chatham, qui commandait l'expédition de Walcheren, fut d'avoir secrètement écrit un compte pour le roi seul, qui l'avait choisi malgré son conseil; c'était violer la loi, en franchissant l'intermédiaire des ministres, et en provoquant un acte personnel du prince.

M. Thiers dit, à l'occasion de la catastrophe du duc d'Enghien, ce triste incident de l'histoire qu'il vient de nous donner (3) : « Le premier consul fit rédiger tous les ordres, *les signa lui-même,* puis enjoignit à Savary de les porter à Murat, et d'aller à Vincennes pour présider à leur exécution. Ces ordres étaient complets et positifs; ils contenaient la composition de la commission, la désignation des colonels de la garnison qui devaient en être membres, l'indication du général Hullin comme président, l'injonction de se réunir immédiatement pour tout finir dans la nuit; et si, comme on ne pouvait en douter, la condamnation était une condamnation à mort, de faire exécuter le prisonnier sur-le-champ. Un détachement de la gendarmerie d'élite et de la garnison devait se rendre à Vincennes pour garder le tribunal, et procéder à l'exécution de la sentence. Tels étaient ces ordres funestes, *signés de la propre main du premier consul.* » C'est donc un frein bien salutaire que la fiction constitutionnelle, puisqu'il faut s'en affranchir pour faire le mal !

Je ne connais qu'un acte véritablement personnel au prince. Cet acte n'est point le discours par lequel il ouvre la session des chambres, quoiqu'il soit naturel de lui attribuer les paroles qu'il prononce; dans la fiction constitutionnelle, les ministres en sont réputés les auteurs; car il a sa signification dans les affaires intérieures et extérieures de l'État, et il passe avec raison pour un acte du gouvernement. Ce sont encore moins les communications que le prince peut avoir avec des fonction-

(1) M. de Lamartine, *Histoire des Girondins*, t. II, p. 218.
(2) Ch. Dupin, *Voyages dans la Grande-Bretagne*, t. Ier, p. 4.
(3) *Histoire du Consulat*, t. IV, p. 602.

Digitized by Google

naires éloignés, des ambassadeurs, des généraux, des gouverneurs de colonies, même en évitant de leur donner la forme d'un acte, comme lorsqu'il leur fait des recommandations verbales, qu'il les rappelle pour conférer avec eux, qu'il leur envoie des agents *ad hoc;* dans chacun de ces actes, c'est le gouvernement qui parle, opère, conseille; l'intermédiaire du ministre est toujours possible, et il n'y a jamais de bonnes raisons de s'en passer. Si les instructions transmises par cette voie sont conformes aux instructions ostensibles et contre-signées, pourquoi éviter l'intermédiaire constitutionnel? Si elles y dérogent, elles sont un mal. Mais l'acte réellement personnel au prince est le commandement des armées de terre et de mer; cette exception unique à la règle est écrite dans l'article 13 de la Charte. La théorie seule n'y eût pas conduit; elle eût plutôt détourné de confier au prince une fonction qui exige entre le chef et les subordonnés des communications immédiates, rapides, instantanées, et qui par cela même est personnelle; il était permis de craindre que le commandement des armées n'éloignât le prince d'un poste où sa présence est un besoin de tous les jours, que la vie des camps ne lui inspirât le goût de la guerre, ne lui donnât la tentation de la déclarer pour le seul plaisir de la faire, et qu'il ne trouvât un piége dans son propre génie et jusque dans la victoire. L'exemple de Napoléon était inquiétant. Mais d'autres considérations et d'autres exemples ont prévalu; on a cité Guillaume III à la bataille de la Boyne, et George II à des époques plus récentes, et dans des occasions moins illustres; on a pas voulu le priver d'une chance qui peut être décisive dans les hasards de la guerre, celle d'enflammer le soldat par la présence du prince et de susciter des héros sous son regard. Cette prérogative a été attribuée au prince, avec la conséquence inévitable qu'elle entraîne la suppression de tout intermédiaire. Nous renvoyons à un autre chapitre les difficultés qu'elle fait naître sur la responsabilité ministérielle, et qui ne sont pas les moindres de notre régime.

§ III. — De l'infaillibilité du prince.

De ce que le prince ne peut agir par lui-même, il résulte qu'il ne peut mal faire; où il y a inaction obligée, il n'y a pas de faute possible ; telle est la raison précise de son infaillibilité. On a dit fort à tort que c'était simplement un attribut de convention, dont on le douait pour lui donner du relief, et l'abriter contre les ressentiments. Erreur, et erreur dangereuse; le roi ne peut mal faire, parce qu'il ne peut rien faire. Telle est la seule application raisonnable de la maxime que nous examinons ; faire de l'infaillibilité autre chose qu'une conséquence logique de l'incapacité d'agir; dans le prince, mettre l'homme à découvert, le montrer agissant, et agissant au risque de se tromper (car il n'est pas donné à l'homme d'agir autrement), et soutenir à celui qui souffre que l'auteur de la faute a le don surnaturel de n'en pas commettre, c'est une illusion que l'esprit le plus docile ne parviendra jamais à se faire; cela est faux, même comme fiction.

Une loi du 9 septembre 1835 a dit : « Quiconque fera remonter au roi le blâme ou la responsabilité *des actes de son gouvernement* sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 500 fr. à 5,000 fr. » Cette loi est bonne si elle distingue le roi de son gouvernement, et si elle admet que les actes de l'un ne sont pas ceux de l'autre ; sinon , elle est injuste et absurde; car elle me fait un crime d'un mouvement irrésistible de mon esprit; il n'est en ma puissance ni en celle de personne de faire que je ne remonte pas du mal que je souffre à sa cause avouée ; ce serait un démenti à la conscience individuelle et à la raison publique.

Je dis donc : Le roi ne commet pas de fautes, car il ne s'expose pas au risque d'en commettre.

§ IV. — De l'inviolabilité du prince.

Tout s'enchaîne : le roi ne peut mal faire, puisqu'il n'agit pas; le roi est inviolable, puisqu'il ne peut mal faire; sa

Digitized by Google

volonté ne régnant plus uniquement, il serait injuste qu'il fût responsable; il serait absurde qu'une institution le fût.

Il y a deux espèces d'inviolabilités: l'une, de droit naturel, couvre la liberté de l'homme; l'autre, de droit positif, est celle que la loi constitutionnelle crée pour la fin qu'elle se propose. L'inviolabilité royale est de cette dernière espèce. L'inviolabilité naturelle de nos droits n'étant toujours ni respectée, ni comprise, faut il s'étonner que l'inviolabilité positive du prince ait besoin d'être défendue, et contre ses adversaires qui la nient, et contre ses amis qui la compromettent? Selon quelques-uns (1), *dire que le roi est inviolable, c'est dire qu'il ne doit pas supporter la conséquence de ses actes.* C'est dire bien mieux : c'est dire qu'il ne fait aucun acte. Ils ajoutent : *Donc l'inviolabilité suppose l'acte.* Nous répondons : Donc l'inviolabilité exclut l'acte.

Le procédé habituel du législateur est de ne donner que la formule définitive de son principe, et de passer sous silence les idées intermédiaires qui l'y ont conduit. L'infaillibilité du prince n'est pas exprimée dans la Charte; ce qui ne veut pas dire qu'elle n'y soit pas sous-entendue; c'est la doctrine qui la supplée, comme idée intermédiaire, comme nécessité logique, comme la mineure du syllogisme. L'inviolabilité, au contraire, y est en toutes lettres; une telle exception au droit commun, l'exemption de toute juridiction, n'était pas de ces principes qu'on peut laisser établir par voie d'induction; ce n'était pas trop du texte pour le créer. Encore les termes dont il se sert sont-ils à remarquer: *La personne du roi est inviolable et sacrée.* C'est la seule fois que la Charte parle de la personne du roi. Partout ailleurs elle emploie le mot *roi* seul, dans le sens d'institution. Mais comme si elle eût craint que les idées vulgaires ne séparassent la personne publique de la personne privée, et que celle-ci ne restât en dehors, découverte et exposée, elle fait entendre qu'elle les confond toutes les deux, qu'elle ne fait aucune différence de l'idée au symbole, et que l'inviolabilité de l'une se communique à l'autre.

(1) Journal *l'Époque* du 30 mars 1846.

Inviolable et sacrée, dit la Charte; ces deux mots ne sont pas synonymes; le second ajoute au premier.

L'inviolabilité, appliquée à une personne, signifie qu'elle n'est ni responsable, ni justiciable. On a fait, dans le procès de Louis XVI, des distinctions qui n'allaient à rien moins qu'à la destruction du principe; on a distingué entre les crimes politiques et ceux qui ne l'étaient pas; puis on a sous-distingué dans les crimes politiques ceux qui attaquaient la constitution de ceux qui la laissaient subsister. Mais l'inviolabilité couvre indistinctement tous les crimes, publics ou privés, ou elle n'en couvre aucun; elle les couvre tous, puisque la différence de la vie publique à la vie privée, effacée quant à la personne, l'est nécessairement quant aux actes; autrement les deux personnes resteraient séparées, et il n'y aurait plus de fiction.

Comme on a cherché à restreindre l'inviolabilité, on a cherché à l'étendre; on a prétendu qu'elle faisait obstacle à la déchéance du prince, quelque énormité qu'il commît, et qu'il restait toujours prince, en dépit de Dieu et des hommes. Il n'est pas de vérité que l'on ne compromette en la forçant. La raison dit qu'après l'attentat d'un prince, il suffit de ne pas lui en demander compte en justice, pour satisfaire au principe, et être quitte envers lui; mais il n'y a de loi humaine ni divine qui enchaîne éternellement une nation à un homme dont son salut ou son honneur exige qu'elle se sépare. L'étude approfondie d'une doctrine oblige quelquefois de raisonner dans des suppositions extrêmes; mais enfin, si le prince brise tout lien social, s'il tue sa mère, s'il empoisonne son frère, s'il incendie Rome, Rome est-elle tenue de laisser un pareil monstre à sa tête? Dans un autre ordre d'idées, s'il trahit la patrie, s'il la livre à l'étranger, ou s'il change violemment la constitution du pays, s'il se déclare incompatible avec elle, s'il fait de son règne une impossibilité morale, le devoir de la nation est-il de périr pour le principe? Le principe a été méconnu à l'égard de Charles Ier et de Louis XVI; il a été respecté à l'égard de Charles X : Charles X est tombé, mais il est tombé inviolable.

La personne du roi n'est pas seulement inviolable, elle est encore sacrée. Nous passons ici de l'ordre légal à l'ordre moral,

et il s'agit moins d'un principe que d'un précepte. La Charte ne s'adresse plus aux magistrats, pour leur interdire toute poursuite judiciaire, mais aux esprits, pour leur recommander le respect: la loi peut rigoureusement obtenir le premier résultat; elle est moins maîtresse du second : il dépend des mœurs. C'est une disposition analogue à celle qui, dans l'article 371 du code civil, veut que l'enfant à tout âge porte honneur et respect à ses père et mère. Mais, quoique moins positive que l'autre, elle n'est pas moins nécessaire; avant l'inviolabilité légale, il y a une inviolabilité morale, sans laquelle la première est inutile : c'en est fait de celle-ci, quand on se dispense de l'autre. On ôte tout au prince dont on s'habitue à médire; rien ne résiste à l'action continue du dénigrement et du sarcasme, et il n'y a pas de majesté humaine qui ne s'évanouisse dans les outrages. Ceux qui se donnent le triste plaisir de l'attaquer n'ont pas la conscience de tout le mal qu'ils font; s'ils l'avaient, ils seraient trop coupables. Quand l'injure a abaissé le chef de l'État jusqu'à sa portée, il ne reste qu'à l'abandonner à lui-même; il se précipite de son propre poids, et une fois détaché du faîte, il ne s'arrête plus dans sa chute; il roule jusqu'au fond de l'abîme Un roi que l'on outrage est un roi que l'on immole. Ce n'est point assez d'imposer silence à l'outrage, il reste à former les mœurs de la monarchie constitutionnelle, qui ne sont pas celles de la monarchie absolue. Le prestige de l'antique royauté s'est évanoui sans retour, et l'obéissance d'instinct fait place à une soumission raisonnée. L'identité du prince avec l'institution, c'est-à-dire avec la patrie, est l'idée mère de laquelle doivent sortir nos mœurs modernes. C'est en propageant cette doctrine, c'est en la rendant vulgaire, que l'on habituera les esprits à ne plus séparer le prince du pays, et que la piété pour sa personne deviendra spontanément une partie de notre patriotisme. Dans ce siècle raisonneur, on n'arrive à une vérité de sentiment que par une vérité de principe; mais quand on y est parvenu, comme en Angleterre, on a donné aux affections politiques leur fondement le plus solide. De son côté, le prince peut hâter notre éducation constitutionnelle par la conformité scrupuleuse de sa conduite au principe, en ne montrant jamais

l'homme au lieu de l'institution, en ne troublant jamais par l'inconséquence d'un acte personnel l'œuvre naissante de la fiction. C'est ainsi que le prince, inviolable dans la loi, devient sacré dans les esprits.

§ V. — Le roi ne meurt jamais.

Le pouvoir absolu disait aussi qu'en France le roi ne meurt jamais. De Laurière, après avoir rappelé qu'anciennement la première année de chaque règne ne comptait que du jour du sacre, enseigne qu'aujourd'hui le roi ne meurt pas : « Ce qui signifie, ajoute-t-il, que le trône ne vaque jamais. » Mais cette règle ne s'étendait pas au delà, et ne voulait pas dire que les personnes qui se succédaient sur le trône fussent la continuation l'une de l'autre. Il faut voir dans le Bret (1) comment, au contraire, elles étaient distinctes, à tel point que le roi régnant n'était pas tenu des dettes de son prédécesseur.

L'idée de l'institution donne seule toute sa portée au principe de l'immortalité politique du prince. Avec elle il y a identité entre toutes les personnes qui se succèdent, et la dernière ne peut méconnaître le fait de son prédécesseur, par l'unique raison qu'elle ne s'est pas obligée.

Chez les Anglais, le parlement est dissous de plein droit par la mort du roi. J'aurais cru le contraire plus logique et plus prudent; plus logique, parce que la mort de la personne privée n'est qu'un accident naturel sans effet légal sur la personne publique, et qui ne devrait rien interrompre dans le gouvernement; plus prudent, parce que si le bon ordre court quelque risque, c'est, ce semble, une raison de rassembler et de tenir prêtes toutes les ressources du pays. Nous n'avons pas encore de précédent sur ce point, ni même de loi expresse, quoique cependant la loi sur la régence, du 30 août 1842, s'éloigne du droit anglais dans l'hypothèse d'un roi mineur : le régent doit prêter serment devant les chambres, si elles sont rassemblées, et, si elles ne le sont pas, elles doivent être convoquées dans le

(1) *De la souveraineté*, liv. IV, chap. x.

délai qu'elle détermine. Ainsi, au lieu de dissoudre, notre loi semble avoir hâte de réunir; cette disposition vaut mieux que la pratique anglaise.

§ VI. — Le roi ne peut plaider que par procureur.

On disait autrefois, on dit encore avec raison que *nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur.* Cette ancienne maxime est de celles qui prennent un sens nouveau, et il faut l'exprimer par cette formule nouvelle : *Le roi ne peut plaider que par procureur.* Elle n'était jadis qu'une manière de rehausser l'éclat du rang suprême, en dispensant le monarque d'opposer son nom personnel au nom d'un sujet devant la justice; cette raison d'étiquette était si bien l'unique fondement de la maxime, que la reine, qui ne participait pas à la souveraineté, participait néanmoins à ce privilége, ainsi que l'attestent les registres du parlement de Paris de 1387, 1401 et 1415. Henri II, qui crut devoir étendre la maxime à la reine, par une déclaration expresse du 30 novembre 1549, n'en donnait pas d'autre raison : « Nous avons été averti que... l'on fait difficulté de recevoir notre très-chère et très-aimée compagne... à plaider par son procureur, la voulant faire plaider et procéder comme les autres privés, *qui serait chose mal séante et indécente.* Pour ce est-il que nous voulons que, non-seulement en ce regard, mais aussi en tout ce que *notre dignité royale* est et peut être communiquée à notre susdite compagne, elle jouisse et use *de pareils et semblables priviléges que nous...* »

Ce n'est plus par un simple motif de bienséance que le prince est admis à plaider par procureur, c'est par la raison nécessaire qu'il ne peut plaider autrement. Ce n'est pas un privilége de la majesté royale, c'est une incapacité qui aujourd'hui n'atteint que le prince : la reine est dans le droit commun; elle est capable de plaider en son nom, si l'occasion s'en présente.

Cette explication nouvelle de l'ancienne maxime doit influer sur les règles de la procédure entre simples particuliers. Il est évident que la raison de la maxime ne s'appliquant qu'au prince, a maxime ne pouvant se maintenir qu'à titre d'exception au

droit commun, le droit commun doit continuer à défendre de plaider par procureur, sans quoi la différence serait effacée entre le prince et les simples particuliers. Aussi un arrêt de la cour de cassation (1), rendu sous l'empire de la Charte de 1830, a-t-il raffermi l'autorité de la maxime un moment ébranlée!

§ VII. — Si le prince peut devoir et peut posséder en vertu du droit commun?

Du domaine privé et de la dévolution des biens.

Nous recherchons dans cet ouvrage, non le droit constitutionnel positif, mais le droit constitutionnel; non un droit transitoire, mais un droit définitif; non le droit qui convient au premier règne d'une dynastie, mais le droit permanent de tous les règnes selon la Charte. Une doctrine de circonstance n'est pas une doctrine. On demande donc ce qu'il faut penser, indépendamment des textes, de la grave question que la loi du 2 mars 1832 sur la liste civile a résolue contre les précédents. Le roi, que nous venons de caractériser, ce roi dont la personne naturelle n'existe plus pour la Charte, peut-il devoir et posséder? A-t-il un actif et un passif comme les autres citoyens? La personne qui n'est plus privée peut-elle avoir un domaine privé? Si elle en peut avoir, que devient-il lors de l'avénement? Le prince le conserve-t-il, ou les biens sont-ils entraînés avec la personne, dans la grande unité à laquelle elle s'incorpore?

N'en déplaise à une doctrine toute récente, il est impossible de prendre cette question au point précis où l'a mise le législateur de 1832, ni même de la connaître, sans remonter de quelques siècles dans l'histoire. Je sais bien que ce procédé répugne, et que la tradition est péremptoirement récusée, sous le prétexte que notre régime, étant nouveau, ne peut se concevoir que par opposition à l'ancien. Mais je n'adopte pas sans réserve cette proposition, beaucoup trop générale. Il y a deux éléments dans

(1) Arrêt de la chambre des requêtes du 8 novembre 1836; Dalloz, 1836, P. 1, p. 412.

l'ancien régime : le pouvoir absolu et la monarchie; la Charte est antipathique au premier, puisqu'elle tend à la garantie par la division des pouvoirs; en cela je comprends la raison des contraires. Mais elle s'est assimilé le second, et, sous ce rapport, elle ne peut rompre entièrement avec un passé qu'elle continue; il n'y aurait aucune sagesse à répudier celle des siècles. Parmi les règles utiles qu'avait établies l'ancien régime, et qu'il faudrait inventer pour le nôtre, si elles n'existaient pas, je mets au premier rang le changement d'état du prince; fiction pleine de justesse et de grandeur, qui a sa réalité politique, et qui crée pour le prince, en même temps qu'une destinée d'une magnificence presque surhumaine, une morale d'abnégation de lui-même et de dévouement à la patrie. La fiction était ce que doit être toute fiction, complète et conséquente avec elle-même; le prince se donnait tout entier à la France, et en revêtant son nouvel être, il ne gardait rien de sa dépouille; il l'abandonnait dans son union intime avec l'État; c'était le principe de la dévolution des biens. On a voulu de nos jours discréditer ce principe, en lui assignant une origine féodale. Il est parfaitement oiseux d'examiner s'il a son germe dans quelque usage des fiefs; une vérification exacte de cet argument historique aurait pour résultat que la dévolution des biens n'a aucune affinité, même éloignée, avec ce que nous connaissons de la féodalité; au lieu d'affinité, on ne trouverait que des dissemblances et des oppositions; le principe qui attache la terre à l'homme, au point de l'entraîner avec lui dans une dévolution commune, est l'inverse d'un principe qui attachait l'homme à la terre; la féodalité ne pouvait point avoir de règle pour la révolution monarchique qui allait la détruire, et c'est un contre-sens en droit public de soupçonner de féodalité un principe qui, comme moyen de concentration, est essentiellement antiféodal. Mais, quelle qu'ait été son origine, il suffit que la dévolution des biens ait été écrite, comme principe purement monarchique, sous Charles IX, dans l'édit de 1566, à une période de notre histoire où la chute de la féodalité dominante était accomplie, et qu'elle l'ait été en 1791, où certainement on ne lui eût pas fait grâce si elle eût porté cette tache.

Après avoir médit du principe comme féodal, on le supprime comme monarchique : son unique objet, dit-on, était de favoriser les réunions et de prévenir les démembrements de territoire; les réunions sont consommées, les démembrements impossibles ; le principe a rempli sa fonction : il est désormais inutile. Mais :

1° Si la dévolution n'était qu'un remède aux démembrements du territoire, on se serait avisé un peu tard de son inutilité, car les derniers démembrements datent de la seconde race. Ajoutez que ce système aurait quelque chose à démêler avec la science moderne, laquelle serait si peu disposée à lui accorder que les partages des deux premières races ont été des démembrements de la monarchie, que même elle lui contesterait qu'il y eût une monarchie à démembrer.

2° On ne voit pas ce qu'il y a de commun entre la dévolution et les réunions de territoire. La dévolution est de droit public; la réunion, de droit politique; les biens dévolus sont des propres du prince qui monte sur le trône; les territoires réunis peuvent ne pas lui appartenir; la dévolution profite au domaine et enrichit le fisc; la réunion est une accession au territoire du royaume et une extension de la souveraineté nationale. Ni la dévolution n'a pour but unique la réunion, ni la réunion n'a pour cause unique la dévolution. La réunion a une foule de causes diverses, les traités, la conquête, les mariages, la confiscation féodale, le vœu des populations; la France presque entière est due à la réunion : tout au contraire, on n'en doit à la dévolution que la moindre partie.

Quelle était donc, sous l'ancien régime, la vraie cause de la dévolution? Un principe inhérent à la monarchie, et qui ne pouvait naître que d'elle, le changement d'état du prince. Qu'on ne s'y trompe pas, cette assertion est plus qu'un raisonnement, plus qu'une doctrine, plus que la meilleure des déductions logiques; c'est une chose jugée. On se rappelle la grande circonstance de l'ancien droit public dont nous avons déjà parlé, Henri IV rendant en 1590 un édit pour retenir ses domaines, la Navarre, la Béarn, le marquisat de Salernes et en empêcher la dévolution; le parlement, sur les conclusions conformes du

procureur général, refusant d'enregistrer l'édit ; le roi reculant devant l'autorité du principe, rendant en 1607 un second édit dans le seul but de consentir à ce qui d'ailleurs s'était fait de plein droit, à la réunion de ses domaines, et donnant de son consentement cette explication si remarquable : « La cause la plus juste de laquelle réunion a consisté en ce que nos prédécesseurs se sont dédiés et consacrés au public... et ont contracté avec leur couronne une espèce de mariage communément appelé saint et politique... » Nous avons donc eu raison de dire qu'il y avait chose jugée sur la vraie cause de la dévolution, et que l'équivoque n'était plus permise.

Les conséquences de la fiction monarchique et de l'éclipse totale de la puissance privée se tiraient rigoureusement : le prince ne pouvait rien posséder, ni par conséquent rien devoir en vertu du droit commun ; ses biens s'abîmaient dans le domaine, et avec eux les dettes, jusqu'à concurrence de la valeur des biens. Il s'ensuivait que le prince n'avait point de dotation particulière ; *le mariage saint et politique* ne comportait aucune séparation de biens. Le roi, identifié avec l'État, puisait dans le trésor et disposait du domaine. Le domaine à la vérité était déclaré inaliénable ; mais ce principe, qu'il faut croire impossible, l'ancienne monarchie s'était montrée aussi infatigable à le violer qu'à le proclamer ; on avait admis les engagements de biens, comme un palliatif à l'excès du principe, afin que le roi pût disposer de quelque chose. Mais on sait que le palliatif tua le principe, et que les engagements devinrent une forme de la dilapidation.

La révolution qui se fit en 1791 dans la législation domaniale devait avoir son contre-coup dans celle qui régissait l'avénement au trône ; le domaine fut déclaré aliénable, mais aliénable seulement par une loi, d'où il résultait que le prince, ne pouvant plus faire la loi, n'avait rien à sa disposition : c'était aller d'un excès à l'autre ; car les besoins de la fiction ne vont pas jusqu'à interdire au prince les jouissances de la propriété et l'exercice de la bienfaisance, cette partie nécessaire de la royauté. On créa donc le domaine privé, contre-coup inévitable de l'innovation que venait de subir le domaine de l'État, et sans

conséquence pour le gouvernement; mais on ne relâcha rien de ce qui tenait essentiellement au changement d'état; la dévolution fut maintenue. Passons l'époque impériale; il faut toujours la passer, quand on cherche les principes obligatoires pour les princes, à moins qu'on ne s'y arrête, pour se conduire cette fois par la raison des contraires; l'empire garda le domaine privé, construisit le domaine extraordinaire, comme la colonne Trajane, du fruit de ses conquêtes, et se tut sur la dévolution. La restauration revint aux principes de la Constituante; les deux lois de 1814 et de 1825 maintinrent le domaine privé, mais la dévolution fut ressuscitée. On n'oubliera pas l'arrêt du 30 janvier 1822 (1), par lequel la cour de cassation la défendit contre une tentative qui menaçait de la compromettre.

C'est dans cet état que le gouvernement de juillet a trouvé le droit public. Pourquoi l'a-t-il changé? Pourquoi imiter l'empire, en gardant le domaine privé sans son corrélatif nécessaire, la dévolution? Le changement d'état dont elle émane n'est pas, nous l'avons prouvé, un principe temporaire; il est consubstantiel à notre monarchie; sa fonction est éternelle; il est implicitement dans la Charte de 1830, et les idées constitutionnelles le fortifient au lieu de l'affaiblir.

Les fictions de droit sont des êtres de raison; la logique est la condition de leur existence, et la plus légère inconséquence leur est mortelle. Aussi la loi est-elle d'une fidélité remarquable à son propre ouvrage; elle s'en fait l'esclave, et l'on en trouverait de nombreux exemples dans toutes les matières de droit. Le changement d'état conduit irrésistiblement à l'incapacité d'action, à l'infaillibilité, à l'inviolabilité, à la dévolution; ôtez un seul anneau, la chaîne entière se déroule, et si vous me refusez la dernière de mes déductions, je me charge de vous repousser jusqu'au gouvernement personnel.

Le législateur de 1832 a cru devoir se piquer un peu moins de logique, au risque de compromettre la partie qu'il retient de la fiction, et prévenir une autre espèce de danger; il a craint

(1) Dans l'affaire Desgraviers.

que la perspective de la dévolution ne portât l'héritier présomptif du trône à soustraire d'avance ses biens au domaine, par une sorte de recélé. A ce compte, il faudra renoncer à tout principe d'ailleurs vrai et juste, par la seule raison qu'il est possible de l'éluder. Y a-t-il beaucoup de lois qui échappassent à ce raisonnement ? Et par exemple, n'a-t-on pas dit de la liste civile, placée dans le voisinage d'un domaine privé, que le prince vivrait dans la tentation continuelle de faire sur elle d'indignes économies, pour grossir sa fortune particulière? N'a-t-on pas très-bien répondu qu'il fallait se reposer sur le prince du soin de faire un emploi royal des deniers qu'il tiendrait de la nation? Pourquoi n'aurait-on pas en lui la même confiance, quand il s'agit de ne pas éluder une loi fondamentale? Prendrons-nous contre le chef de l'État les mêmes précautions que contre un plaideur vulgaire? D'ailleurs, on n'a pas réfléchi que la dévolution était la précaution la plus sûre contre un mauvais emploi de la liste civile; quand on sait que le domaine attend tôt ou tard les biens particuliers, l'intérêt est moindre à les augmenter aux dépens de la liste civile; que si cependant on la détourne de sa destination, le remède est certain, puisque le retour à l'État est inévitable.

L'ancien droit public dépouillait entièrement le prince; mais la patrie l'adoptait, lui et les siens, et se chargeait de leur fortune. Cela était grand et noble, et valait bien la séparation du patrimoine; mais la fausse conception d'un domaine privé à jamais distinct du domaine de l'État, a suggéré la disposition suivante : « Article 21. *En cas d'insuffisance du domaine privé*, les dotations des fils puînés du roi et des princesses ses filles, seront réglées ultérieurement par des lois spéciales. » C'est vendre cher le sacrifice du vieux principe. Ainsi, le domaine de l'État n'a rien à attendre du domaine privé, ce qui n'empêche pas que le domaine privé ne puisse recourir au domaine de l'État. Dans ce cas, voici la position du prince : c'est à lui à prouver l'insuffisance de son domaine; il faut qu'il produise un certificat d'indigence, qu'il dépose son bilan, qu'il en ouvre aux yeux de chacun tous les mystères, l'actif et le passif, qu'il se soumette à la discussion préalable de ses affaires privées, et

à quel risque! Qu'on juge de ce qui peut se faire, par ce qui s'est fait en 1837 (1). Oh! qu'il valait mieux s'en tenir à la sagesse de nos pères!

Ce serait à ne pas se consoler de cette malheureuse innovation, si elle avait pris définitivement possession de notre droit public. Mais il est permis d'espérer qu'elle n'est que transitoire, et c'est surtout pour les amis de l'établissement de juillet, qui confondent dans la même idée la dynastie et les principes, que cette espérance est un besoin. Henri IV et Louis-Philippe ont cette ressemblance, entre autres, que leur pouvoir est sorti de commotions civiles, et il était naturel que des précautions contre un avenir incertain se mêlassent à leurs premières institutions. Les chambres de 1832 ont accordé à l'un ce que le parlement de Paris avait refusé à l'autre, mais dans un esprit qu'il ne faut pas méconnaître. Le rapport de M. de Schonen dit : « Les circonstances qui ont amené l'avénement de Louis-Philippe sont de telle nature, *que la rigueur du droit serait une véritable injustice;* la royauté ne lui est pas venue comme aux autres princes... En statuant sur le domaine privé du roi, *nous avons dû faire une exception toute personnelle,* et fondée sur les circonstances de son avénement au trône. » Le projet, article 17, réservait en termes exprès le principe de la dévolution; le projet de la commission, article 21, répétait la même réserve; l'article 22 distinguait formellement le présent de l'avenir : « Les biens dont le roi actuel ne s'est pas dessaisi avant son avénement, ainsi que l'usufruit de ceux dont il a aliéné la propriété, sont placés dans son domaine privé, sans que cette exception puisse en rien modifier pour l'avenir le principe de la dévolution, et de la réunion au domaine de l'État. » Ainsi l'idée de la dévolution s'était maintenue jusqu'à la période la plus avancée de l'examen législatif; mais tout à coup le vieux principe disparut dans un amendement de M. Salverte. Ce n'est pas ainsi que se fondent les institutions définitives; mais aujourd'hui qu'une épreuve de dix-sept ans permet de s'emménager pour un long avenir, espérons que le principe

(1) A l'occasion de la dotation demandée pour le duc de Nemours.

Digitized by Google

sera examiné en lui-même, avec cet esprit impartial que donne la sécurité, et que la dynastie de 1830 aura aussi son édit de 1607.

CHAPITRE II.

DES MINISTRES.

A peine l'article 12 de la Charte a-t-il dit : « La personne du roi est inviolable et sacrée, » qu'il se hâte d'ajouter : « Les ministres sont responsables, » comme si la première de ces propositions appelait aussitôt la seconde, comme si l'une sans l'autre n'eût présenté qu'une moitié de la pensée constitutionnelle, et que celle-ci ne se complétât que par leur soudure. C'est qu'en effet l'inviolabilité royale ne s'explique, ne se réalise, ne se pardonne, que grâce à la responsabilité ministérielle. La responsabilité des choses de ce monde est une nécessité morale à laquelle on n'échappe pas; la Charte peut bien la détourner de la tête du prince, mais non la supprimer; et si elle ne la fixait sur quelque autre, elle retournerait à celle qu'elle en veut affranchir. La responsabilité des ministres est donc le corrélatif inévitable de l'inviolabilité du prince. Cette loi est tellement rigoureuse, qu'aussitôt que la responsabilité diminue, l'inviolabilité souffre; si l'une est contrariée dans son cours, elle reflue sur l'autre : la responsabilité, comme une substance dont rien ne peut se perdre, se retrouve toujours quelque part! Pour que le prince ne soit responsable de rien, il faut que les ministres le soient de tout; si la responsabilité n'est pas complète d'un côté, l'inviolabilité ne le sera pas de l'autre.

L'inviolabilité du prince est une fiction de la loi positive; la responsabilité des ministres, une loi de l'ordre moral. D'où il résulte que, dans le conflit de ces deux idées, ce n'est pas celle-ci qui peut céder; mais aussi, quand elle est complète et réelle, elle communique toute sa réalité à la première.

Pour qu'elle soit ce qu'elle doit être, est-ce assez de l'énonciation qu'en fait l'article 12 de la Charte? Suffit-il que cet

Digitized by Google

article rende les deux corrélatifs inséparables dans son texte, comme ils le sont dans la pensée? La Charte répond, dans son article 69 : « Il sera pourvu, dans le plus court délai possible, aux objets qui suivent : .... la responsabilité des ministres. » L'article 12 se borne à déclarer le principe; la Charte de 1814 le laissait à l'état inerte de vérité théorique; la Charte de 1830 veut qu'une loi le vivifie; ce qui est désormais la seule manière de le comprendre et de le vouloir. Sous la Charte de 1814, on distinguait la responsabilité générale et la responsabilité juridique, se terminant, l'une au renvoi des ministres, l'autre à leur mise en accusation; on trouvera la trace de cette théorie dans un discours de M. Pasquier à la chambre des députés du 3 février 1817; la première seule semblait praticable et efficace; la seconde paraissait incompatible avec le gouvernement représentatif. Tel était l'état de la doctrine, lorsque survint la Charte de 1830; son article 69 fixa le droit constitutionnel; en exigeant une loi sur la responsabilité des ministres, il entendit la responsabilité juridique; car la responsabilité générale ou politique n'a pas besoin de loi.

Cependant, au moment où j'écris, on semble encore douter de la nécessité d'une loi; après avoir palpé la question à différentes reprises, on l'a trouvée résistante; on l'a laissée tomber comme trop lourde, et on ne songe plus à la relever. Alors il est arrivé que, soit étonnement de la nouveauté du sujet, soit crainte sincère de toucher au principe le plus actif de notre gouvernement, et de l'entraver au lieu de le contenir, on a cherché des raisons au découragement, on s'est presque fait un système de l'inaction; il y a au fond des esprits une sorte de renonciation tacite. On s'est demandé si, après tout, il était bien utile de faire une loi qui ne s'applique qu'à des catastrophes; si le code des révolutions peut s'écrire; s'il n'était pas plus sage de vivre au jour le jour, de se conduire selon l'occurrence, et d'attendre de chaque accident sa règle, de chaque circonstance sa loi; si, en attendant, nous n'avions pas la responsabilité morale qui nous suffit. On n'a oublié qu'une chose : l'article 69 de la Charte. Si ce n'est point un parti pris de lui désobéir, il n'y a pas à délibérer : il a fait d'une loi organique une nécessité constitution-

nelle, et il a sagement fait. Une loi sur la responsabilité n'a pas seulement à prévoir les grandes crises du gouvernement et de la société, mais aussi les détails quotidiens du ménage politique; elle n'est pas seulement nécessaire pour frapper de loin en loin des coups terribles, mais pour produire un effet moral, permanent, de tous les jours, par sa seule existence, comme formule, comme appareil, comme instrument tout prêt. Son efficacité est plus préventive que répressive. Lorsqu'en 1791 on posa, dans l'assemblée nationale, le principe de la responsabilité ministérielle, une voix s'écria, dit-on : « La responsabilité, c'est la mort. » Nos définitions sont moins terribles; elles ne se résolvent pas nécessairement en supplices. Les bons effets d'une loi organique sont, pour nous, plutôt dans son existence que dans ses rigueurs, et nous disons au contraire : La responsabilité, c'est la vie.

De toutes les lois que promet l'article 69, celle-ci se distingue par un caractère particulier d'urgence et de nécessité. Les autres régissent des matières qui ne sont pas neuves, qui ont leurs précédents, et qui peuvent, à un certain point, souffrir cet état provisoire que la sagesse elle-même semble conseiller dans une transition politique. Elles peuvent rigoureusement vivre sur leur passé, sans périr; dans leurs règles, bonnes ou mauvaises, il y a imperfection, mais non lacune; inconséquence, défaut d'ensemble, disparate, injustice même, si l'on veut, mais non anarchie. Elles tendent presque toutes à s'avancer d'un bien relatif vers un plus grand bien; mais la responsabilité ministérielle est une matière intacte, sans autre précédent que celui de 1830, où la justice nationale a été prise au dépourvu, et pour laquelle le provisoire est une véritable mutilation; car il tronque une institution essentielle; il la laisse dans un état de difformité et d'impuissance, comme un sens auquel on refuserait un organe. La responsabilité promise et non organisée n'est pas seulement un bien négatif, mais un mal très-positif; puissance affamée, absorbante, fascinatrice, qui réside au fond de notre gouvernement, comme le vertige au fond d'un abîme, et qui donne à l'administration sur tout ce qui l'entoure, une force d'attraction irrésistible, en même temps que le plus dangereux de tous les

genres d'arbitraire, celui qui se prévaut de l'absence d'une loi. Tant que dure cet inépuisable prétexte d'envahissements, chaque minute ajoute au mal, et à la crainte d'y porter la main.

Cet ajournement indéfini d'une loi organique a produit dans la législation contemporaine une singulière interversion d'idées. Le même gouvernement qui remet au lendemain cette affaire sérieuse, a fait, le 9 septembre 1835, une loi par laquelle c'est un délit de faire remonter au roi le blâme ou la responsabilité des actes de son gouvernement. Cette loi est juste en elle-même, et je reconnais qu'elle a pourvu à un besoin de son époque. Mais à ne consulter que l'ordre du développement constitutionnel, elle est un anachronisme en logique; elle exige le résultat, avant l'accomplissement de la condition. Le prévenu auquel on voudrait appliquer la peine pourrait dire : « De quoi me punissez-vous? D'un délit qui ne peut pas être encore! Je n'ai pas fait remonter la responsabilité au prince : elle est allée à lui d'elle-même; je n'ai fait que la suivre : c'est la tendance naturelle de l'esprit humain. Si vous voulez la fixer plus bas, faites donc en sorte qu'elle ne prenne pas son essor plus haut; ne la laissez pas flottante. Ne m'offrez pas comme une satisfaction sérieuse la responsabilité morale des ministres; la responsabilité morale n'appartient pas à la Charte, mais à l'opinion, et l'opinion n'a pas besoin qu'on la décrète. Si la Charte n'a pas entendu autre chose, son texte m'était inutile. » Cette réponse ne vaudrait rien devant un juge obligé d'appliquer la loi; mais dans une chambre législative, elle serait sans bonne réplique.

Une loi sur la responsabilité ministérielle considérée, non dans la juridiction et dans la procédure, qui appartiennent à un ordre secondaire, mais dans ses principes fondamentaux et constitutionnels, doit porter sur deux objets principaux : 1° le titre auquel les ministres s'obligent; 2° les actes qu'embrasse leur responsabilité.

§ Ier. — Du titre auquel les ministres s'obligent.

L'idée vulgaire, naturelle, j'allais dire innée, c'est que le roi est le maître, et le ministre le serviteur; que l'un est fait pour

donner des ordres, et l'autre pour les exécuter. L'idée acquise, réfléchie, rectifiée, c'est que le ministre est libre, puisqu'il est responsable; et qu'il opine, adopte ou rejette pour son compte, puisqu'il est libre. Il faut sans doute que l'on ne s'élève à l'idée du ministre constitutionnel qu'avec un certain effort, puisque l'on voit sous les deux régimes des ministres accusés se défendre par la même raison : l'ordre du maître.

Cette raison était concluante sous l'ancien régime; le ministre n'existant que par une commission du prince, n'avait que voix consultative, et le simple conseil n'engage jamais celui qui le donne. Fénélon pouvait tenir au duc de Bourgogne, héritier présomptif du trône, un langage qui serait aujourd'hui une prévarication, s'il était adressé au comte de Paris : « Vos conseillers d'État ou ministres ne sont que de simples consulteurs. » Ce principe était particulièrement vrai du surintendant des finances, dont la règle suprême dans l'emploi des fonds publics était la volonté du prince, et avait dicté la formule des provisions expédiées à ce ministre : « Nous vous avons constitué par ces présentes surintendant de nos finances, sans que de cette administration vous soyez tenu de rendre compte *ailleurs qu'à notre personne.* » Aussi Pellisson adressa-t-il directement la défense de Fouquet à Louis XIV, non pas comme à l'influence la plus puissante, mais comme au juge compétent, comme de commissionnaire à commettant. On remarque que dans les procès des ministres de la monarchie absolue, depuis Pierre de la Brosse sous Philippe le Hardi, Enguerrand de Marigny et Gérard de la Guette sous Philippe le Bel et Louis Hutin, Pierre Remy sous Philippe de Valois, Jean de Montaigu sous Charles le Simple, jusqu'à Jean de Semblançay sous François Ier, l'obligation d'obéir a été l'argument banal, le lieu commun de la défense des accusés, et, remarque non moins intéressante, presque toutes les condamnations prononcées ont été flétries par l'histoire, ou comme inconséquentes au principe de la monarchie absolue, ou comme l'œuvre d'inimitiés personnelles. On a conservé le plaidoyer d'Enguerrand de Marigny; on sait qu'il avait été surintendant des finances sous Philippe le Bel, et qu'après la mort de ce prince, il fut mis en accusation sous

Louis Hutin, fils du feu roi, par le crédit du comte de Valois, son ennemi. Il plaidait devant le roi, et avait pour accusateur un avocat du temps, nommé Annat. Voici son système de défense (1) : « Sire, les hommes cognoîtront, à mon grand regret, que *ma cause étoit celle du feu roy, votre progéniteur; que si j'ai eu tort, il en recevra le contre-coup... Tel vous jugerez le premier ministre de ses affaires, tel jugement ferez des actions du dit roy. Nous, en tant que ministres des roys, nous en sommes comme les pieds et les mains...* Quant à toi, Annat, je ne peux te répondre... tu m'accuses d'avoir fait beaucoup de choses contre la volonté du feu roy, de laquelle, s'il vivoit, je lui rendrois secrètement raison... Le secret des affaires qui sont mortes en la mort du roy me défendroit assez, sans qu'il fust besoin que je parlasse; car le silence seul suffiroit pour me justifier envers celui qui sçait comme le tout s'est passé... Sire, ne recherchez donc pas celui que votre père a avoué de tout ce qu'il a fait; *bien qu'il soit mort, il est accusé en mon nom.* » La condamnation d'Enguerrand, cassée dans l'opinion comme celle de Semblançay le fut plus tard par une épigramme de Marot, coûta de longs remords à Louis Hutin et surtout à Charles de Valois.

Par la raison même qui aurait dû rendre ce système de défense triomphant sous l'ancien régime, il ne pourrait plus être écouté sous le nôtre. Nos ministres ne sont point *de simples consulteurs;* ils délibèrent et agissent, et même ils agissent seuls; tant s'en faut qu'ils soient *les pieds et les mains du prince*, que même ils peuvent se faire une volonté autre que la sienne et l'exécuter; il reçoit si peu *le contre-coup des torts* qu'ils se donnent, il est si peu *accusé en leur nom*, prince et ministres sont si bien des personnes distinctes, que l'un se repose dans cette gloire sereine qui est son partage, tandis que les autres s'agitent dans le mouvement social; il peut arriver en même temps que les bénédictions soient pour le prince et les malédictions pour ses ministres. Toutes les fois qu'il y a un mal à expier, ce mode de rétribution est dans l'état normal de notre gouvernement.

(1) Les auteur du *Barreau français* (t. Ier, p. 13), auxquels j'emprunte cette citation, l'ont eux-mêmes puisée dans un livre intitulé : *Les Annales de Paris.*

Le libre arbitre des ministres se déduit de leur responsabilité; la responsabilité n'est raisonnable et juste que par lui. De même que la responsabilité dont on charge celui qui n'agit pas est une responsabilité fausse, ainsi que nous l'avons dit à l'occasion des gérants de journaux, de même la responsabilité vraie prouve la liberté et la capacité de ceux à qui on l'impose. Les actes qu'on leur impute sont leurs actes propres.

Cette idée de l'obligation personnelle des ministres est bien simple, et l'on aurait du scrupule à la démontrer, si on ne la voyait méconnue sous le régime même auquel elle sert de base. Il est à remarquer qu'on s'en écarte aux époques critiques où le gouvernement dégénère, tend au pouvoir absolu et se redresse par une convulsion. Car, dans cette région des orages, les erreurs des hommes d'État se résolvent en révolutions, et les catastrophes sont les avertissements et la vengeance de la doctrine violée. Le procès de Danby, ministre de Charles II, à en juger par les développements qu'y consacre Hallam (1), est une des sources de la doctrine anglaise. C'est dans ce procès célèbre que fut établi le principe de la continuation de la procédure d'une session du parlement à la session suivante, et surtout celui de la responsabilité personnelle des ministres. Danby n'avait signé le fatal traité avec Louis XIV qu'après s'en être fait donner l'ordre par Charles II, avec la promesse écrite de lui procurer sa grâce, en cas de condamnation; c'est muni de cette double précaution qu'il se présenta devant ses juges; mais ni l'ordre formel du roi, ni son pardon anticipé ne protégèrent Danby. Le pardon accordé d'avance, en manière d'assurance contre les risques de la responsabilité, eut pour résultat de faire décréter en principe que la grâce du roi ne couvrait pas la faute du ministre.

Ces déviations du principe se conçoivent dans le pays où la jurisprudence constitutionnelle s'est d'abord formée d'essais et de précédents, au risque continuel de se tromper; elles se conçoivent moins en France, en 1830, au sein même et dans la ferveur de la méthode rationnelle, et cependant on voit le même

(1) *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, t. IV, p. 25 et suiv.

argument reparaître dans la défense des ministres de Charles X. Ainsi le sort de la France a pu dépendre d'une doctrine, et si les ministres n'avaient pas cru que la volonté personnelle du roi était une loi pour eux, les ordonnances du 25 juillet n'eussent pas été signées. Pour rectifier une idée fausse et raffermir un principe, il a fallu le soulèvement d'une nation et la chute d'un trône, le tout aboutissant à cette morale politique proclamée par l'arrêt de la cour des pairs (1) : « Si la volonté personnelle du roi Charles X a pu entraîner la détermination des accusés, cette circonstance ne saurait les affranchir de la responsabilité légale. »

Ce procès a révélé une autre manière d'éluder le principe. On assure que la majorité des ministres de Charles X blâmait les ordonnances, et que des documents irrécusables témoignent de leur longue résistance. L'un d'eux, pressé, dit-on, d'expliquer pourquoi il s'était fait une telle violence, a allégué des bienfaits personnels, une fille richement dotée, et la reconnaissance du père de famille prévalant sur les devoirs du ministre. Si d'une vertu privée peut ainsi sortir un crime politique, c'est donc que les règles de la vie ordinaire ne sont plus celles d'un ministre, et qu'une bonne conscience selon le monde lui suffit si peu, que même il doit se tenir en garde contre elle. De cette position singulière, et qui mérite bien d'être étudiée de celui qui l'occupe, il résulte que si, d'une part, le prince, en abusant de son ascendant sur son ministre et en forçant ses scrupules, peut le pousser au crime, de l'autre, le ministre qui aliène une partie de sa liberté à chaque bienfait qu'il accepte, se rend incapable du plus important de ses devoirs, et se fait la bizarre et absurde condition d'un agent, qui cesse d'être libre sans cesser d'être responsable. J'étends sans hésiter cette observation à tous les degrés de la hiérarchie; si, comme on le répète trop souvent, la collation d'un emploi public établit, entre celui qui donne et celui qui reçoit, les mêmes rapports qu'entre le bienfaiteur et l'obligé, c'en est fait de l'intérêt général et des principes de la hiérarchie; l'administration se peuplera de très-

(1) Arrêt de la cour des pairs du 31 décembre 1830; Dalloz, 1831, P. I, p. 39.

reconnaissants et de très-mauvais fonctionnaires, et la gratitude deviendra un des modes de la prévarication.

§ II. — Des actes compris dans la responsabilité.

Quels actes sont compris dans la responsabilité des ministres? Tous les actes de leur fonction; tous, répondrions-nous, sans une exception que nous avons annoncée, et que nous nous réservons d'examiner à la fin de ce paragraphe.

A cette exception près, la responsabilité comprend tous les actes de la fonction,

Sans distinction de ceux qui portent à la fois la signature du prince et le contre-seing d'un ministre, et de ceux qui émanent du ministre seul,

Sans distinction des actes écrits et de ceux qui ne le sont pas. L'ordre verbal peut suppléer ou déroger à l'acte écrit; il peut contenir un attentat, une prévarication, une faute, et la faute, la prévarication, l'attentat aiment à se cacher sous cette forme plus fugitive et moins saisissable; un geste même peut exprimer une idée coupable.

Non-seulement la responsabilité comprend tous les actes, mais encore des faits auxquels la dénomination d'actes n'est pas applicable dans sa rigueur logique, comme les omissions. Dans le droit privé, on répond de sa négligence; pourquoi n'en répondrait-on pas dans le droit public, où elle peut décider du salut ou de la ruine commune? L'omission est la manière de tromper qui frappe le moins les sens; c'est l'apparence sous laquelle une pensée criminelle se croit le plus en sûreté; c'est son mensonge de prédilection. Laisser les lois sans exécution, laisser sans défense une frontière ou une place menacée, laisser se former l'émeute, l'insurrection, la guerre civile, sans les conjurer, laisser s'épuiser les approvisionnements sans les renouveler, les magasins de l'État se vider sans les remplir, une disette prévue s'approcher sans assurer les subsistances, recevoir des renseignements décisifs sans les communiquer, s'abstenir quand il faut agir, se taire quand il faut parler; si l'on excepte de la responsabilité les cas de cette espèce, on abandonne à la

fraude ses moyens les plus ordinaires, les plus faciles et les plus sûrs.

Nous résolvons ainsi une question controversée : on a demandé si la responsabilité ne devait pas se restreindre aux actes contre-signés. Le contre-seing ne se donne qu'à la moindre partie des actes écrits, aux ordonnances proprement dites, qui ne peuvent se passer de la signature royale; le contre-seing n'est plus contre-seing, mais signature principale, sur les décisions que prend le ministre dans le cercle de sa compétence administrative, sur les lettres, instructions, circulaires qui sortent en foule de ses bureaux, et la responsabilité est bien autrement compréhensive, puisqu'elle embrasse et les ordres verbaux et les fautes par omissions.

Cette question n'est point la même que celle qui s'est élevée sur le caractère exécutoire des actes; on les a cependant confondues. Il va sans dire que les actes émanés du prince et non revêtus du contre-seing ne sont exécutoires pour personne; mais cette observation est à peu près sans intérêt, puisqu'on ne connaît d'actes de cette espèce que les lettres closes expédiées aux pairs et aux députés à l'ouverture de chaque session, et que ces lettres ne sont pas de véritables actes de gouvernement. Quant aux actes de gouvernement ou d'administration, on distingue, pour savoir s'ils sont exécutoires, entre les agents du pouvoir et les tiers; ces tiers ne doivent obéissance qu'aux actes en forme, suivant l'autorité de laquelle ils émanent; quant aux agents du pouvoir, il serait excessif de soutenir qu'ils peuvent toujours exiger des ordres formels, et qu'ils ne doivent jamais se conformer à des instructions verbales, quand les droits des tiers restent saufs; il y a telle conjoncture où cette doctrine entraverait inutilement l'administration. Mais quel que soit le devoir de ceux à qui l'ordre s'adresse, la responsabilité de celui qui le donne reste la même.

Il suit de tout ceci qu'il n'y a pas deux espèces de ministres, et que l'administration générale ne peut adopter aucune division intérieure qui soustraie quelque acte à la responsabilité. Ainsi on ne pourrait plus, comme on l'a fait sous l'empire, créer des ministres non secrétaires d'État, n'ayant ni départe-

Digitized by Google

ment, ni contre-seing, et expédiant les affaires en dehors de la hiérarchie constitutionnelle. Voilà pourquoi tous les comités du conseil d'État sont attachés aux ministres dont ils relèvent, et expédient les affaires sous leur responsabilité.

Il est curieux de suivre la marche des idées sur la responsabilité des ministres, en matière de crédits supplémentaires, complémentaires et extraordinaires; on y voit comment l'esprit français traite quelquefois les principes pour lesquels il s'est le plus passionné. Le point de départ est dans l'article 40 de la Charte : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux chambres et sanctionné par le roi. » Puis vient la loi des finances du 25 mars 1817, qui, tout en recommandant à chaque ministre de se renfermer dans les limites de son budget, article 151, suppose cependant qu'il pourra être forcé d'en sortir; c'est l'origine des crédits supplémentaires, ainsi nommés parce qu'ils sont ouverts comme supplément à un service déjà voté; l'article 152 de la même loi défend au ministre des finances d'autoriser les payements excédants, si ce n'est dans des cas extraordinaires et urgents, et en vertu d'ordonnances qui devront être converties en lois à la plus prochaine session des chambres; c'est l'origine des crédits extraordinaires, ainsi nommés, parce qu'il sont ouverts pour des services non votés. Il faut bien pardonner à cette loi d'avoir pourvu, dans un temps de crise, à des besoins qui se font sentir même dans l'état normal du gouvernement; mais elle ne laisse à chaque ministre et au ministre des finances cette dangereuse faculté d'ouvrir par ordonnance des crédits supplémentaires et extraordinaires, que sous la menace itérative *de leur responsabilité;* le mot est écrit dans les deux articles consécutifs. Presque tous les budgets subséquents ont régi les crédits par les mêmes principes. Cependant, dans la dernière discussion de notre parlement sur cette matière, en 1836, la commission de la chambre des pairs (1) a déclaré sans détour que la responsabilité des crédits supplémentaires lui paraissait impossible, parce qu'elle intimiderait les ministres et énerve-

(1) *Moniteur* du mois d'avril 1836.

rait le gouvernement. Ainsi, c'est le principe même qui est remis en question; on veut du principe pour intimider, on n'en veut pas parce qu'il intimide. Qu'est-il arrivé? Que les ministres n'ont pas été timides; les crédits supplémentaires vont croissant d'année en année dans une proportion effrayante; ils étaient en 1842 de 2,800,000 francs, en 1843 de 3,500,000, en 1844 de 4,200,000; on s'épouvante, on murmure et l'on vote. La voilà bien l'influence de la responsabilité, que l'on décrète en principe, sans l'organiser! Quand l'administration excède le budget, elle nous dit qu'elle est responsable, lisez plutôt la loi de 1817; mais quand vous lui demandez de répondre des excédants, prenez garde, vous allez tout perdre, et c'en est fait du gouvernement représentatif. Encore quelques pas et il sera très-permis de nier que le concours des chambres soit nécessaire à l'établissement de l'impôt; à la vérité une loi intervient, sinon auparavant, du moins après; mais qu'importe, s'il est convenu que la responsabilité n'est qu'un mot? Ils crient, ils payeront.

Quelques-uns ont (1) eu l'idée de procéder plus largement, d'attribuer personnellement au prince et d'enlever à la responsabilité cette partie du pouvoir exécutif que l'on est convenu d'appeler prérogative, c'est-à-dire le commandement des armées de terre et de mer, les déclarations de guerre, les traités de paix, d'alliance et de commerce. Nous nous sommes déjà expliqué sur la différence de la prérogative au pouvoir exécutif proprement dit; là comme ici, il s'agit d'actes du gouvernement, auxquels la responsabilité est également applicable. Elle l'est même plus aux premiers qu'aux seconds; toute la différence entre eux est que ceux-ci exécutent une loi faite, et que ceux-là, par des raisons particulières, anticipent sur une loi à faire; loin qu'il y ait lieu de relâcher la responsabilité pour ceux qui prennent l'initiative, il faut au contraire la resserrer, puisque le risque est plus grand.

Cependant, il faut le reconnaître, il y a une exception évidente, pour laquelle toutes les règles, sauf celle de l'inviolabi-

(1) *Cours de droit public*, par M. Laferrière.

lité royale, sont suspendues. La Charte a voulu que le roi pût commander les armées de terre et de mer; le commandement est un acte essentiellement personnel; il exclut les fictions et les formalités du droit constitutionnel, et par conséquent l'intermédiaire des ministres. Dans ce cas unique, le prince agit, et il agit sans cesser d'être inviolable.

Les ministres ne peuvent être responsables :

Ni de la prise de commandement par le prince; car le prince use de son droit; les ministres ne peuvent l'empêcher et ne sont pas obligés d'y concourir; leur retraite serait inutile pour les affranchir d'une responsabilité qu'ils n'encourent pas, et pourrait faire un mal immense, en laissant éclater un dissentiment;

Ni des ordres que donne le prince dans la sphère du commandement, comme général en chef, car ces ordres sont les conséquences nécessaires de l'acte personnel.

Mais en dehors des limites étroites de l'exception, on rentre dans la loi générale, et la responsabilité revit. Ainsi la nomination aux emplois dans l'armée n'appartient pas au général, mais au prince, et revient à cette partie de la prérogative qui n'est pas personnelle, qui, par conséquent, ne peut s'exercer que par l'intermédiaire des ministres. En Angleterre, dit-on, le ministre de la guerre nomme le général, et celui-ci soumet directement au roi les nominations d'officiers, dont le ministre est responsable. Cette pratique ne saurait être reçue en France, ni quand le ministre nomme le général, ni même quand le prince prend le commandement.

CHAPITRE III.

DE LA CHAMBRE DES PAIRS ET DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS.

Le prince et les deux chambres font la loi; c'est par là qu'ils représentent la nation. Car la nation ne se représente qu'à cette fin; sa parole ne peut être que la loi même. Les autres pouvoirs constitués ne sont point ses organes; ils exercent des fonctions qui leur sont propres, et, loin de la faire parler, ils

réagissent sur elle, au nom de cette loi qui est son ouvrage immédiat.

Les deux chambres coopèrent avec le prince à l'œuvre commune de la loi; elles y coopèrent à un titre égal; la voix d'aucune des trois parties n'est prépondérante; leur unanimité est nécessaire. Les deux chambres sont donc législatives; en quoi elles diffèrent des chambres purement consultatives, que le prince appelle près de lui pour les entendre et s'éclairer, mais sans compter leurs voix comme délibératives, et en restant le maître de la détermination. Henri IV traitait le parlement de Paris en chambre consultative, lorsqu'il lui adressait, au sujet de l'enregistrement de l'édit de Nantes, ces paroles que nous avons déjà rappelées : *Je prends bien les avis de mes serviteurs; si je les trouve bons, je les embrasse, et change volontiers mon opinion.* C'est le pouvoir absolu bien intentionné, mais c'est le pouvoir absolu.

La représentation nationale est la forme la plus saillante, la plus vive, la plus populaire du gouvernement constitutionnel; dans les idées vulgaires, elle va jusqu'à l'absorber; elle lui donne son nom, comme si elle le constituait seule; on dit : *le gouvernement représentatif*, pour dire le gouvernement de la Charte, et cependant elle n'en est qu'une forme; on pourrait les concevoir séparément; il y a telle combinaison, où le gouvernement serait constitutionnel sans être représentatif.

La forme représentative est populaire, venons-nous de dire; ce qui signifie seulement qu'elle est aimée de la nation, non qu'elle en est comprise; nous en avons le goût, nous n'en avons pas l'intelligence. Rien ne serait plus dangereux que de l'abolir, ni plus facile que de la corrompre; la nation se soulèverait à l'idée de la perdre, et accepterait volontiers tous les mensonges qu'on lui présenterait sous son nom. C'est donc un bien d'éclairer notre passion pour elle, et, comme en définitive c'est à nous la procurer que tendent les trois corps qui participent à l'œuvre de la loi, c'est par elle que nous devons commencer, pour juger ce que doivent être les deux chambres; car nous nous sommes expliqué sur le prince.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA REPRÉSENTATION NATIONALE.

Le système représentatif a des adversaires de deux sortes, qui lui font la guerre dans les intérêts les plus opposés :

Les uns l'attaquent comme illégitime, parce qu'il a pour base la délégation des pouvoirs, laquelle est nulle, puisque la souveraineté est inaliénable; c'est la doctrine de Rousseau qui n'admet que l'exercice immédiat de la souveraineté;

Les autres le nient comme manquant de réalité, parce que le mandataire pouvant obliger le mandant contre son gré, la représentation est inexacte, et l'image infidèle; la nécessité d'une identité parfaite entre le vœu de chaque citoyen et de chaque représentant, a été soutenue en thèse sous la restauration.

Ces coups ne portent pas, mais ils sont bien dirigés; car les points d'attaque qui leur sont donnés pour but offrent précisément les caractères constitutifs de la représentation nationale. Cet ordre nous révèle celui que nous devons suivre.

§ Ier. — De la délégation des pouvoirs.

Sans contredit, la souveraineté est inaliénable; ce qui ne signifie pas que le pouvoir législatif ne soit pas susceptible de délégation. La délégation prouve au contraire que le principe en réside dans le délégant. Si une grande nation, qui ne peut pas exercer immédiatement sa souveraineté, ne le pouvait non plus médiatement, elle ne l'exercerait d'aucune manière, et sa souveraineté ne serait qu'un mot. C'est tout ce que nous répondrons à une doctrine dont la réfutation, tant de fois faite, retomberait dans le lieu commun.

La représentation nationale suppose la délégation des pouvoirs, puisque si la nation se présentait elle-même, il n'y aurait pas à la représenter. Aussi ne faut-il pas croire qu'il y ait eu représentation partout où il y a eu des assemblées nationales. Il n'y en avait pas dans les anciennes républiques, où le peuple

Digitized by Google

entier se réunissait au forum, et expédiait lui-même ses affaires; il n'y en avait pas *au Mallus, au champ de Mai, au champ de Mars*, où comparaissaient en personne tous les hommes libres, *omnes Franci, cunctus populus, cuncti liberi homines,* suivant les expressions remarquables des chroniqueurs. L'autre partie de la population était esclave ou serve, et n'avait aucun droit à stipuler ni directement, ni par intermédiaire. La représentation proprement dite n'a donc commencé que dans les grandes nations d'hommes libres, dont la réunion était impossible, et elle est beaucoup plus moderne qu'on ne pense. On pourrait contester à Montesquieu que ce beau système, comme il l'appelle, ait été trouvé dans les bois.

§ II.—Que le système représentatif exclut les pouvoirs intermédiaires.

L'idée des pouvoirs intermédiaires était naturelle et libérale sous l'ancien régime. Le prince, source de tout pouvoir, résidait au sommet; la nation gisait à l'autre extrémité de l'espace, attendant la loi. Chacun d'eux se tenant ainsi à distance, on avait eu l'idée de placer dans l'intervalle des pouvoirs, que, par cette raison même, on appelait intermédiaires : « Ce sont, dit Montesquieu (1), des canaux moyens par où coule la puissance, » et il cite les corps de la noblesse et du clergé. Il y voyait un de ces contre-poids, vrais ou faux, qui, dans l'opinion du moins, mettaient une certaine nuance entre le pouvoir absolu chez nous et le despotisme pur; il déplorait l'acharnement avec lequel les parlements frappaient sans cesse, depuis plusieurs siècles, sur la juridiction patrimoniale des seigneurs et sur l'ecclésiastique; il demandait avec inquiétude si l'ancienne constitution n'en serait pas changée.

Non-seulement changée, mais détruite; la nation est sortie de son éloignement; elle est remontée, par ses représentants, au niveau le plus élevé; elle s'y est confondue avec le prince dans un seul être. Ce ne sont plus deux termes distincts et extrêmes; il n'y a entre eux aucun milieu à remplir; l'intervalle est supprimé. Il y a bien entre les pouvoirs créés par la

(1) *Esprit des lois*, liv. II, chap. IV.

Charte une hiérarchie, les uns supérieurs, les autres subordonnés; mais il n'y en a plus d'intermédiaires; leur place a disparu, et le mot n'a plus de sens.

Je tiens à cette réflexion, parce que ce n'est que sur le fondement de l'ancienne doctrine et de l'autorité de Montesquieu, que la restauration a fait de continuels efforts pour reconstruire une aristocratie, et que l'idée des pouvoirs intermédiaires agite encore certains esprits. C'est ne tenir aucun compte de la représentation nationale, et oublier que la Charte a pourvu au besoin des contre-poids, par le partage qu'elle a fait des pouvoirs.

§ III. — D'une fausse doctrine des Anglais.

Dans le droit français, le pouvoir de faire la loi se délègue, ce qui prouve que le délégant n'est pas présent au lieu où se fait la loi; autrement la délégation n'aurait pas d'objet. Que s'ensuit-il? Que la loi, une fois faite, doit lui être notifiée, pour qu'il la connaisse et qu'il lui obéisse. C'est la promulgation. Notre droit public présume que personne n'ignore la loi; fiction déjà assez forte, avec la formalité de la promulgation, pour qu'on ne se dispense pas d'une formalité qui, seule, la sauve de l'absurdité. La raison de la promulgation est bien simple: la notification collective de la loi nouvelle ne se fait point aux mêmes personnes qui y ont participé, puisque les délégants et les délégués jouissent de leurs droits politiques, et que la notification est due indistinctement à tous les Français, surtout à ceux qui n'en jouissent pas; lors même que la notification se fait aux citoyens qui ont participé à la loi directement, elle est encore nécessaire, parce qu'alors même elle ne leur est pas faite en la même qualité; c'est comme citoyens actifs qu'ils ont fait la loi; c'est comme sujets qu'ils en reçoivent la notification; car ils sont obligés par leur propre ouvrage. Cette théorie de la promulgation est claire, raisonnable, conséquente.

L'Angleterre, qui a la même doctrine sur la délégation des pouvoirs, en a une autre sur la promulgation. Elle conclut de la délégation que la partie délégante assiste au parlement,

qu'elle y voit tout, entend tout, et qu'il ne reste rien à lui apprendre; d'où l'inutilité de la promulgation (1). C'est la doctrine de ses publicistes les plus accrédités, de Smith et de Blackstone. Blackstone dit en propres termes : « Bien qu'il fût nécessaire, dans le droit romain, de promulguer formellement les édits des empereurs, il n'en est pas de même pour les lois anglaises, parce que *tout homme*, en Angleterre, participe à la confection d'un acte de parlement, *puisqu'il s'y trouve présent par ses représentants.* » Voilà une bien mauvaise explication d'une bien mauvaise coutume. C'est un double tort de tirer d'une fiction de droit une conséquence qu'elle ne renferme pas, et de la retourner contre ceux au profit de qui la fiction est établie.

§ IV. — Du mandat législatif.

A chaque matière nouvelle que j'aborde, je suis tenté de m'écrier : Prenez garde, le régime constitutionnel est ici tout entier; il s'agit d'être ou de n'être pas. Pourquoi l'avons-nous dit de chacun des droits de l'homme? Pourquoi y a-t-il la même raison de le dire de chaque forme de gouvernement? Pourquoi en particulier du système représentatif? C'est que notre régime est un tout rationnel, une œuvre philosophique, dont les parties se tiennent, comme les membres d'un syllogisme. Si peu que l'on dérange l'agencement de ses pièces, tout se démonte C'est le palais d'Alcine; touchez le charme, il s'évanouit; et, dans le palais magique de la représentation nationale, le charme est partout. Sous le despotisme, il n'y a que des accidents qui se succèdent et ne s'enchaînent pas; dans le système représentatif tout s'enchaîne, tout tire à conséquence, et la logique est sa loi suprême; cette vérité est plus rigoureuse en France qu'en Angleterre. C'est surtout dans le système représentatif que la différence du mode empirique au mode rationnel devient saillante, et que, de l'un à l'autre, l'analogie serait trompeuse. L'empirisme britannique a eu de

(1) Rey, *Institutions judiciaires*, t. Ier, p. 108.

ces bonheurs sur lesquels il ne faut pas compter; les plus détestables pratiques y ont trouvé des correctifs, qui ont tiré le bien du mal. Mais l'empirisme ne se répète pas; il n'y a rien à conclure de ce qu'il a fait à ce qu'il fera. Il s'imite encore moins; le préjugé le plus funeste à la France serait de chercher les mêmes résultats par les mêmes voies, et d'attendre que ces atomes errants dans l'espace s'y accrochent une seconde fois de la même manière, pour produire un mécanisme qui marche. Ce que la raison a fondé chez nous, c'est à la raison de le consolider, et le principe français est que notre droit constitutionnel est strict.

En admettant l'idée du mandat législatif, qu'on sache bien à quoi l'on s'engage : on s'engage à admettre celle d'un mandant, d'un mandant bien entendu distinct du mandataire, et duquel découle le pouvoir, que l'on appellera, si l'on veut, souveraineté nationale. Mais cette idée est loin d'être admise dans le droit public de tous les pays où il y a des assemblées politiques; le roi de Prusse, en haranguant la première diète qui ait été convoquée dans ses États (1), a commencé par rompre avec l'hypothèse d'un mandat; il a ouvert la diète par cette déclaration de principes : Il n'y a qu'une volonté dans le royaume, et, tant que sa main tiendra l'épée, il ne souffrira aucun contrat entre son peuple et lui; une diète est assemblée, dont le droit est qualifié *historique*, par opposition au droit *philosophique*, pour signifier qu'il n'y faut pas voir une déduction de la raison, mais une tradition, qui remonte à une pensée du roi, son père, c'est-à-dire à la seule volonté qu'il y ait dans l'État. Chez nous, où la raison n'est pas un péril, mais une heureuse nécessité, où la volonté souveraine a fait la Charte, où la Charte a divisé les pouvoirs, en leur imposant des obligations réciproques, sans lesquelles il n'y a pas de garantie; chez nous, dis-je, dans le concours des pouvoirs chargés de donner des lois à la nation, on n'hésite pas à reconnaître ce qui y est virtuellement, un mandat. Cette différence était tout d'abord à indiquer.

(1) En avril 1847.

Mais, chez nous même, le mandat législatif n'est pas unanimement reconnu; et il en est qui, tout en faisant grâce à son origine philosophique, contestent sa réalité pratique; c'est à eux qu'il importe de répondre.

Chaque représentant n'a, disent-ils, qu'un vote à donner; or, son mandat est de stipuler des intérêts multiples, divers et contraires; il est donc réduit à l'impossible. Cette objection est concluante, si le mandat législatif ne peut avoir son unité.

Mais pourquoi donc ne l'aurait-il pas? Si la pluralité des commettants et la diversité des vues individuelles étaient un obstacle à l'unité d'un mandat, l'obstacle se trouverait aussi bien dans le mandat civil, auquel d'ailleurs je ne prétends pas assimiler en tout le mandat législatif. Pourquoi ne serait-il pas aussi possible à une nation d'avoir son intérêt propre, qu'à un certain nombre d'individus? La France se vante d'avoir son unité et de constituer une personne; pourquoi l'unité serait-elle bannie du mandat donné par elle?

On voit d'ici la solution du problème : l'unité n'est pas sans doute dans chaque tête de commettant, mais dans l'intérêt général; l'intérêt général est en possesion de l'unité; hors de lui, on tombe dans la diversité, et alors les adversaires ont raison; le système est impossible.

La difficulté est moins de concevoir l'unité, et de l'établir dans les lois, comme elle est établie dans les faits, que d'en prévenir le morcellement dans la pratique représentative. L'idée d'unité est absolue; elle n'admet pas de moyen terme; aussi l'intérêt général, par lequel elle se résume en politique, et qui seul en a le privilége, ne peut-il se concevoir à demi. C'est lui et ce n'est que lui, ou c'est autre chose. L'intérêt local, par exemple, n'est déjà plus l'intérêt général; rien ne peut faire qu'il n'en soit pas une fraction. On croit que l'intérêt local n'est pas encore l'intérêt privé, dont chacun se défend; mais c'est une illusion. L'intérêt privé, qui a honte de lui-même, se cache derrière l'intérêt local, que sa fausse ressemblance avec l'intérêt général enhardit; l'intérêt local n'est que le prétexte, le sophisme, le piége de l'intérêt privé; c'est le même coupable alléguant seulement une circonstance atténuante. Si l'intérêt

local se fait admettre, l'intérêt privé entre inévitablement à sa suite, et l'ennemi est dans la place. C'est la tendance de notre époque. L'élection d'un riche banquier a été, en 1847, l'occasion d'un procès criminel qui appartient à l'histoire et à la doctrine. On avait commencé par promettre à l'arrondissement une banque industrielle et agricole; on a fini par une poursuite pour cause de corruption individuelle, et cette dégradation irrésistible n'a point échappé au ministère public près la cour d'assises de Maine-et-Loire(1). « L'intérêt général, a dit l'officier du parquet, ayant fait place à l'intérêt local, celui-ci a bientôt fait place à l'intérêt privé. » Il y a là un entraînement auquel rien ne résistera.

L'assemblée constituante, à laquelle appartiennent toutes les idées élémentaires, grandes et vraies de notre régime, n'a pas divisé la France en départements, le département en districts, le district en cantons, sans entrevoir le danger qui nous occupe; elle a senti qu'il était possible de se méprendre jusqu'à appliquer cette division à la représentation nationale, et à faire subir à l'intérêt général les mêmes découpures qu'au territoire; c'eût été reconstituer une autre féodalité à la place de celle qu'elle venait de détruire. L'article 8 de son décret du 22 décembre 1789 y pourvut par la déclaration suivante : « Les représentants nommés à l'assemblée nationale par les départements ne peuvent être regardés comme les représentants d'un département particulier, mais comme les représentants de la totalité des départements, c'est-à-dire de la nation entière. »

Ce qui nous occupe aujourd'hui, c'est de prendre le contrepied de la Constituante et de dépecer le grand corps créé par elle. Elle élevait la représentation nationale à l'unité, et ne divisait le territoire que pour l'administration. De notre temps, l'administration seule a l'unité, et la représentation nationale tombe en poussière; elle se précipite de la France au département, du département à l'arrondissement administratif, de l'arrondissement administratif à l'arrondissement électoral; il n'y a de connu que la ville, la communauté, la famille; le reste

(1) Journal *la Presse* du mercredi 17 février 1847.

Digitized by Google

s'évanouit ; nous tombons dans un abîme qui va se creusant et se rétrécissant toujours. La chambre des députés a donné un excellent exemple, lorsqu'elle a refusé de valider l'élection que l'arrondissement de Louviers avait faite, avec la condition de lui procurer un chemin de fer. Il ne manque à cette leçon que d'être plus fréquente, et d'être donnée à la ville, au département, à la communauté, à l'établissement quelconque, qui rapetisse à sa dimension le mandat législatif.

C'est donc une idée fausse de l'acte additionnel de 1815, de donner au commerce une représentation spéciale ; le commerce entre assurément pour beaucoup dans l'intérêt général du pays, et il est bon que ceux qui savent le défendre, soient envoyés où il a besoin d'être défendu, mais non avec une mission particulière, dont le vice est toujours de se subordonner l'intérêt général.

Toutefois, c'est en vain que les esprits s'éclaireraient sur la nature du mandat législatif, et que la nation serait unanime à en vouloir l'unité, si la Providence ne l'avait rendue possible, en nous faisant le beau présent de l'imprimerie, qui nous apparaît ici sous un jour nouveau : nous avons étudié la liberté de la presse comme droit naturel à chaque citoyen ; elle se montre ici, dans son résultat collectif, comme instrument nécessaire de la représentation nationale. L'unité, c'est-à-dire l'opinion commune, ne se formerait pas, si la pensée conçue au Midi n'avait un moyen d'aller, à travers l'espace, chercher la pensée conçue au Nord, pour s'unir à elle ; elles s'éteindraient toutes deux, chacune dans son isolement et s'ignorant l'une l'autre. La presse, réalisant la fiction mythologique de la Renommée, les recueille, les rapproche, les combine, et en fait cette voix du peuple, qui est la voix de Dieu.

Il est vrai à la lettre qu'avant la découverte de l'imprimerie, le système représentatif, tel que nous le concevons, n'était pas réalisable dans une grande monarchie, et qu'aujourd'hui, chez nous, il serait impossible sans une presse libre. On a craint que la presse, au lieu d'exprimer l'opinion vraie, n'en formât une factice et n'allât ainsi contre son but ; si l'on entend qu'elle peut détrôner l'opinion vraie, non par une surprise d'un moment,

ce qui ne prouverait rien, mais par une usurpation définitive, seule hypothèse qui fût concluante, je réponds que ce danger n'est à craindre que si la presse n'est pas ce qu'elle doit être; car telle est sa nature singulière : esclave, elle tyrannise l'opinion et la fait mentir; libre, elle s'asservit à elle, et l'exprime fidèlement. Tant est grande l'importance d'une bonne organisation de la presse, de manière qu'elle soit réellement libre et réellement responsable!

L'unité du mandat ainsi rendue possible et ainsi expliquée, examinons comment elle se perd ou se conserve chez ceux qui le donnent et chez ceux qui le reçoivent, chez les commettants d'abord, chez les mandataires ensuite. Commençons par les premiers.

§ V. — Suite du précédent. — Du mandat impératif.

L'article 16 de la Charte contient une disposition qui n'est placée sous le titre des *formes du gouvernement du roi* que parce qu'elle est fondamentale, et qu'on a voulu la rendre commune aux deux chambres : « Toute loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres. »

Ce qui veut dire : Le choix des pairs et des députés n'a qu'une fin possible, qui est de voter la loi, de la voter après discussion, de la voter librement, de la voter dans le sein d'une des deux chambres. Le mandat législatif diffère donc en un point essentiel du mandat civil; dans celui-ci, le mandant est maître absolu de sa volonté, il détermine l'objet du mandat et désigne la personne du mandataire; dans celui-là, la Charte ne laisse au prince et à l'électeur que le choix du pair et du député, et se réserve de déterminer l'objet de leur mandat commun; elle le fixe d'avance avec des conditions de personnes, de mode et de lieu, et par une disposition d'ordre public, auxquelles aucune convention ne peut déroger. Ainsi, quelque prédisposition qu'apporte le pair ou le député, son premier devoir est de se présenter libre à la discussion, accessible à toutes les vérités qui en sortent, et maître de voter en conséquence.

Le prince ou l'électeur qui modifierait par des conditions particulières le caractère constitutionnel du mandat, se substituerait à la Charte, et appellerait à lui le gouvernement tout entier. La loi se ferait où elle ne doit pas se faire, et s'y ferait sans discussion. Chaque collége électoral étant l'égal des autres, et pouvant ce qu'ils peuvent, des mandats contraires viendraient se heurter dans les chambres; les délibérations législatives ne seraient que le choc de volontés ennemies et immuables; elles deviendraient un danger public, et l'unité serait détruite. Ce mal est partout un mal, même dans les constitutions fédératives; mais au moins n'y est-il pas une inconséquence; dans le partage que l'assemblée générale et les assemblées particulières s'y font d'une chose qui ne semble pas partageable, de la souveraineté, chaque État confédéré fait la loi à son député, sans aucun souci de l'unité qui n'est pas dans la constitution, au risque d'inextricables embarras et même de la guerre civile, comme en Suisse et aux États-Unis, ou d'une ruine entière, comme en Pologne. Mais en France, où l'on tient à ce que la représentation soit nationale, et où aucune section de territoire n'est souveraine, le mandat impératif serait tout à la fois une inconséquence et une calamité.

Il pourrait même conduire à l'absurde. Un député est élu avec un mandat impératif; après l'élection et la séparation du collége, l'opinion s'éclaire et change; élu et électeurs, tout le monde se détrompe. Mais le député est lié, et le collége n'est plus là pour le délier; comme il veut dégager sa parole, il vote contre son opinion et celle de ses commettants.

Il n'y a pas d'exemple de mandat de cette espèce donné par le prince au pair de sa création; malheureusement l'électeur n'a pas été toujours aussi discret. Le cas échéant, la chambre à laquelle appartient l'élu doit refuser de l'admettre; il ne s'y présente point avec sa liberté. Il ne suffirait pas d'annuler la condition impérative, en laissant subsister le mandat; la nullité est irritante, et, d'après le droit civil, elle se communiquerait au contrat auquel on l'aurait attachée. Mais il y a ici une raison de plus; on n'aurait jamais la certitude que l'esclave que l'on entendrait affranchir ne se croirait pas obligé

de garder sa chaîne, et que le vote ne s'en ressentirait pas.

On a affecté de confondre avec le mandat impératif les opinions connues du candidat, qui ont pu servir à l'électeur de motifs dans son choix; mais les opinions connues du candidat lui laissent toute sa liberté, tandis que le mandat impératif la lui ôte.

L'unité du mandat n'est pas seulement menacée dans ceux qui le donnent, mais aussi dans ceux qui le reçoivent.

§ VI. — De l'aristocratie et de la démocratie.

Voilà peut-être les mots de la langue politique dont nous abusons le plus. Parce que le beau idéal était pour l'antiquité dans la fusion des trois espèces de gouvernement entre lesquelles elle avait fait une distinction classique; parce que l'idée de cette fusion, qui, au dire de Stobée, auteur d'une anthologie grecque, remonterait au philosophe Hippodame, de l'école de Pythagore, et que Polybe, contemporain de Scipion l'Africain, aurait importée de Grèce en Italie, parce que cette idée se retrouve en ces termes dans la république de Cicéron (1) : *Statuo esse optimam constitutam rempublicam, quæ ex tribus generibus illis, regali, optimo et populari confusa modice;* parce que Tacite admirait cette belle combinaison, sans croire à sa possibilité (2) : *Cunctas nationes et urbes populus, aut primores, aut singuli regunt; dilecta ex iis et consociata reipublicæ forma, laudari facilius quam evenire; vel si evenit, haud diuturna esse potest;* parce que de nos jours l'analyse historique a cru découvrir les trois éléments sociaux dans la promiscuité de ce moyen âge, dont nous sommes nés, on a conclu que la division tripartite du pouvoir législatif dans la Charte n'était autre chose que l'accomplissement du miracle désiré par Cicéron, et dont Tacite désespérait; on a vu dans le prince, dans la chambre des pairs, dans la chambre des députés, des organes spécialement affectés par elle à l'intérêt monarchique, à l'intérêt aristocratique, à l'inté-

(1) *Resp.*, lib. II.
(2) *Ann.*, lib. IV, cap. XXXIII.

rêt démocratique, et on a soufflé à chacun d'eux l'esprit particulier de celui dont on le disait le symbole. La Discorde en personne n'inventerait rien de mieux que cette théorie, en haine de l'unité. Constituer trois grands corps en état de surveillance, c'est-à-dire de défiance réciproque, leur donner pour première tâche la garde d'un dépôt nécessairement convoité par les autres, c'est organiser la guerre au sein de l'État. Ces mots ont déjà produit sous la restauration tout le mal que peuvent produire des mots séparés des choses; on répétait au prince : « Prenez garde, *la démocratie coule à pleins bords*, » et le prince prenait des précautions contre la démocratie, aussi sérieusement que si nous avions été sur la place publique de Rome ou d'Athènes; c'est à une panique de ce genre que nous devons la tentative de ressusciter le droit d'aînesse. On criait au peuple : « Prenez garde, l'aristocratie va tout envahir, » et l'alerte était la même que si la féodalité eût été à nos portes. A tous ces combattants, il ne manquait que des ennemis; mais il peut arriver que les ennemis naissent des préparatifs mêmes de la guerre, et le plus grand des malheurs serait que la politique s'épouvantât des fantômes de la doctrine.

Laissons ces impropriétés de termes aux livres où elles sont sans conséquence, et ne les transportons pas dans le droit public, où elles se changeraient en instruments de dommage. La Charte ne donne à la France qu'un gouvernement monarchique, et, si elle n'admet point de mélange, c'est qu'apparemment elle croit la France homogène. En effet, ces mouvements spontanés d'une société libre, qui font que du haut en bas les degrés de l'échelle sont toujours occupés, n'ont rien de commun avec nos dénominations scientifiques; les inégalités ne rompent pas l'unité, et le corps social aura toujours ses extrémités et son milieu, sans cesser d'être identique à lui-même. La classe qu'on appelle intermédiaire, parce que sans doute elle n'est faite ni pour exercer la domination, ni pour la subir, dont la destinée est de se suffire à elle même par le travail, qui peut-être constitue la véritable condition de l'homme dans le monde moderne, et dont les progrès sont ceux de la civilisation même, la classe intermédiaire n'a aujourd'hui, comme à la première

époque de son apparition dans l'histoire, que des intérêts et des instincts monarchiques, et comme elle tend, par le seul empire du droit commun, à absorber la nation tout entière, on peut dire que l'état social n'a déjà plus rien qui réponde aux dénominations d'*aristocratie* et de *démocratie*.

Le mal ne pourrait venir que de ceux à qui le mandat législatif est conféré, et de la manière dont ils le conçoivent; ni le pair ne doit s'attacher à être plus aristocrate que le député, ni le député plus démocrate que le pair. Ils n'ont tous qu'un même but, et ne doivent avoir qu'une même tendance, l'intérêt général; car il y a sans doute un intérêt général, puisqu'il y a une France.

SECTION DEUXIÈME.

DE LA CHAMBRE DES PAIRS (1).

Cela posé, que l'intérêt général est la chose à représenter, il s'ensuit que les trois parties du corps représentatif sont les organes destinés à le percevoir. Cette assignation de rôles a son importance.

Nous ne disconvenons pas que chacune de ses parties ne puisse se faire un esprit différent de celui des autres; elles peuvent s'affecter diversement de l'intérêt général. L'intérêt général d'un grand peuple a de nombreuses faces; et il est naturel d'aller lui chercher des organes sur tous les points d'où l'on peut l'apercevoir; mais il n'en conserve pas moins son unité.

La Charte n'a pas entendu demander le même esprit à deux chambres qu'elle compose d'après des modes si différents; elle défère au prince le choix des pairs, parce que si les deux chambres avaient été électives, le prince eût été trop faible: elle défère aux électeurs le choix des députés, parce que si les deux chambres eussent été à la nomination du prince, le prince eût été trop fort. Elle n'a pas, dans l'intérêt de l'équilibre, puisé à deux sources différentes, pour que les deux chambres ne retins-

(1) Il n'entre pas dans notre plan d'envisager la chambre des pairs comme cour de justice.

sent rien de leur origine; quand l'une vivifie, et que l'autre modère, elles obéissent toutes deux à leur tempérament, et cela même est un bien. Mais remarquez que la Charte de 1814 avait pris la très-sage précaution de rendre la pairie héréditaire; c'était obvier à l'ascendant excessif que le prince peut prendre sur une chambre qui est sa créature; c'était y introduire l'indépendance. La pairie viagère ne rassure l'homme que sur son propre compte; et comme la pairie n'est pas une fonction qui s'attache à la personne, mais une position éminente qui élève toute une famille, elle inquiète le père par la crainte de voir déchoir son fils, et donne cette prise sur lui; au lieu que l'hérédité de la pairie (bornée d'ailleurs à la ligne directe) fait taire chez le père de famille tous les genres de sollicitude qui ne lui laisseraient qu'une indépendance incomplète; elle rend plus rares pour le prince les occasions de faire sentir sa prérogative, et plus rares pour les prétendants les occasions d'y recourir. Elle a l'immense avantage de créer une classe d'hommes, qui faisait la force des sociétés antiques, qui fait celle de la société anglaise, et qui manque à la nôtre; une milice vouée de bonne heure à l'étude des intérêts généraux du pays, puisque sa naissance l'appelle à les discuter un jour. C'est un malheur que la Charte de 1830 ait laissé à la Charte de 1814 cette supériorité sur elle; les amis de la liberté sont tombés dans ce contre-sens, de prendre en haine une institution toute favorable à la liberté; ils n'ont vu qu'un privilége où ils devaient voir une garantie; ils ont ôté à la couronne son contre-poids dans la chambre des pairs; ils ont multiplié pour le prince les moyens d'y influer; leur erreur a été de croire que le privilége renfermé dans une chambre législative faisait invasion dans le droit commun, et ils ont oublié que le privilége de primogéniture, admis en 1826 par la chambre élective, n'a été repoussé que par la chambre héréditaire.

Rien ne ressemble moins à un problème que la nomination des pairs par le prince; cette donnée si simple ne demande aucun effort de conception ni d'exécution. Le prince cherche les supériorités sociales, et il est bien placé pour les reconnaître, puisque son élévation les domine toutes; quand il en a observé

une, il va droit à elle, et la choisit; c'est la déclaration d'un fait, et la certitude de rencontrer juste est portée aussi loin qu'elle peut l'être, puisque le choix vient du plus capable. Il n'en est pas tout à fait ainsi de l'élection des députés; ce n'est plus un fait individuel à déclarer, c'est un fait collectif et social à étudier; il faut une observation longue et profonde, une organisation laborieuse, des rouages déliés et nombreux. Trouver le véritable électeur, c'est le plus grand problème de la représentation nationale; passer de la chambre des pairs à l'élection des députés, c'est passer d'une réalité avérée à une fiction hasardeuse. Il ne faut donc pas s'étonner que nous soyons si bref sur l'une, et que nous ayons tant à dire sur l'autre.

SECTION TROISIÈME.

DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS.

Il n'est pas douteux que, dans le vote de la loi, les trois parties du pouvoir législatif ne soient égales entre elles, et qu'aucune ne soit prépondérante, puisque la loi se fait à l'unanimité; mais il est tout aussi vrai que, dans les mouvements extérieurs du corps représentatif, la chambre des députés a un caractère particulier. Ainsi sa nature élective semble lui donner pour mission spéciale d'aller puiser au cœur de la nation le sang qui doit porter la vie dans le gouvernement; ainsi son consentement est le premier qu'il faut obtenir pour la levée de l'impôt, comme si elle était le représentant le plus direct de la partie qui doit le payer; ainsi le prince a le droit de la dissoudre, mais à la condition d'en demander une autre au pays, à qui l'on semble demander un jugement; ainsi encore, elle a le droit d'accuser les ministres, pour faire entendre qu'en lui déférant cette action toute populaire, le soin de les surveiller est devenu le sien propre; toutes choses par lesquelles elle se distingue des autres pouvoirs, sans cesser d'ailleurs de leur être homogène.

C'est au corps qui se meut le plus, qu'il y a le plus d'occasions de se heurter. Aussi est-ce entre le prince et la chambre

des députés que le maintien de l'harmonie court le plus de risques, et que s'élèvent les plus grands problèmes du système représentatif. C'est par là surtout que les partisans du pouvoir absolu et ceux du gouvernement démocratique attaquent la monarchie constitutionnelle. Ils proclament tous l'incompatibilité d'un monarque avec une chambre élective, les uns parce que la chambre est condamnée à méconnaître les droits essentiels de la royauté, les autres parce qu'il n'est pas au rang des choses possibles que le prince, être permanent et inviolable, ne finisse pas par s'assujettir la chambre élective, être intermittent et variable.

Ici se présentent les deux questions que nous avons réservées (1) : ou le prince résiste à la chambre des députés avec ses ministres, dont le choix lui appartient et qu'il garde malgré elle ; ou bien, se résignant à céder, il prend dans la majorité des chambres un ministère que repousse son vœu personnel, mais auquel il fait une guerre d'influence et d'intrigue. On sent que la seconde de ces questions dépend de la première ; car si, dans le dissentiment du prince et de la chambre élective, on trouve une fois le régulateur commun auquel il faut se soumettre, la seconde question se résout par voie de conséquence.

Reconnaissons d'abord que la difficulté ne peut se présenter, et ne s'est présentée en effet que dans l'hypothèse où les deux pouvoirs qui se heurtent croient provenir d'origines différentes, et mettent aux prises des droits inconciliables et inflexibles. Cette hypothèse est celle de Charles X, opposant son droit antérieur et supérieur à une chambre qui ne tenait le sien que de la Charte. Les ordonnances du 25 juillet n'ont pas eu d'autre théorie, et la révolution de 1830 a eu, entre autres effets, celui de donner à tous les pouvoirs une origine et des principes communs. Dans le cercle de la Charte, source unique de tous les pouvoirs, le problème se résout à merveille par le raisonnement que voici :

La solution s'en trouve dans la faculté donnée au prince de dissoudre la chambre. Elle s'y trouve tout entière; car : 1° si la

(1) Voy. ci-dessus, titre II, chap. ier, § 2, *De l'incapacité d'action*.

Charte n'a pourvu que de cette manière au cas d'un dissentiment, c'est qu'elle a exclu toute autre manière d'y pourvoir; 2° on a dit que la dissolution de la chambre était un appel à la nation, et on l'a très-bien dit : car, ôtez cette raison à la dissolution, elle n'en a plus. Or on n'appelle que devant un juge. C'est un jugement qu'il faut voir dans le résultat des élections, et un jugement devant lequel les prétentions opposées doivent se taire; telle est la condition que la Charte a faite à tous les pouvoirs. S'il en était autrement, le système représentatif ne se comprendrait plus, et la monarchie deviendrait absolue, ou du moins elle ne différerait de la monarchie absolue qu'en un point : ce que le prince absolu peut faire seul et de suite, le prince constitutionnel ne le pourrait qu'après la cérémonie d'une ou plusieurs dissolutions; à cette formalité près, le pouvoir serait le même; les chambres ne seraient plus législatives, mais consultatives, et Henri IV pourrait les haranguer comme le parlement de Paris.

L'1830 nous a fait voir en action la manière dont on remédie à une des imperfections reconnues de notre régime; quand le prince refuse de reconnaître le dernier ressort dans le résultat de l'élection, quelle espèce de sanction reste-t-il? La violence : cette fois heureusement la violence a été l'auxiliaire de la justice; la voie de fait a ramené de vive force à la voie de droit; c'est à la doctrine, ou plutôt c'est à tout le monde à comprendre cet exemple unique d'une chose jugée par une révolution.

Quant à la seconde question, est-elle sérieuse? Elle suppose que le prince garde un ministère qui n'est pas selon lui, mais selon la majorité; il reconnaît donc la règle, puisqu'il s'y conforme extérieurement; et l'on ajoute qu'il la combat par une révolte cachée; il conspire contre le ministère qu'il a nommé et qu'il garde, il le mine sous terre, et le gouvernement a pour chef un ennemi. Je n'aime pas cette hypothèse qui suppose de la duplicité, et dont souffre la dignité royale. Dans la première, au moins, le prince méconnaît la règle et la rejette; c'est une question de principe; mais dans la seconde, il la reconnaît et lui fait la guerre; c'est un cas de fraude et de félonie. J'aurais cru l'hypothèse impossible, si l'on n'assurait qu'elle s'est réalisée

en Angleterre ; car, Dieu merci, la France n'est point encore nommée dans cette honteuse histoire, et ne le sera pas. On raconte, il est vrai, que ce désordre dans la machine constitutionnelle ne s'y est introduit qu'accompagné de beaucoup d'autres, et l'on cite plus d'un roi d'Angleterre, dans la personne duquel la royauté, moralement déchue, n'avait plus assez de son inviolabilité positive pour se défendre contre l'injure (1) ; il s'était par sa faute rendu accessible à ses coups. Que ce mal, qui nous est étranger, nous profite cependant, et que les amis de la Charte, tout en s'en affligeant, recueillent la leçon qui en sort ; la personne inviolable et sacrée avait cessé de l'être ; l'outrage n'était que la réponse à un avilissement déjà consommé. Car un ressort de ce grand corps ne se dérange jamais seul. Mais les ennemis de notre régime ne triomphent de cet inconvénient rigoureusement possible qu'en oubliant qu'un mal attaché à une personne ne conclut jamais contre une institution.

Cependant nous en convenons : pour présenter le résultat de l'élection comme un criterium, il faut que rien n'altère la confiance qu'elle a besoin d'inspirer ; il faut qu'elle soit sincère. Autrement on ne se pique d'aucun respect pour elle, et il n'est pas de manière d'éluder les décisions dont on ne s'avise : ôtez la sincérité à l'élection, le prince hostile à ses ministres n'est coupable qu'à demi ; sa lutte avec ses ministres contre la chambre est bien près de se justifier, et le gouvernement personnel est presque pardonnable. L'élection est donc le pivot de tout le système.

§ Ier. — De l'élection.

Dès la première ligne de cet ouvrage, nous n'avons pas dit un mot qui ne sous-entendît la garantie législative, et par conséquent une représentation exacte, et par conséquent une élection sincère. Il y a une foule de difficultés de détails, dont nous avons ajourné la solution, et que nous avons poussées

(1) M. Duvergier de Hauranne, dans sa brochure de 1847 sur la *Réforme parlementaire et électorale*, donne à ce sujet de très-curieux extraits des lettres de Junius.

Digitized by Google

devant nous, jusqu'au moment où le mot de l'énigme électorale serait trouvé; et maintenant que nous voici à ce moment redoutable, sur lequel tant de difficultés se sont accumulées, nous ne pouvons nous défendre d'un certain trouble. Il semble qu'il y aille de notre foi constitutionnelle, et que notre peine soit d'être la proie du sphinx, si l'énigme n'est expliquée. Car nous n'entendons pas soutenir de thèse absolue, et nous ne sommes pas constitutionnel de parti pris. Nous ne voulons que d'une conviction bien faite, et nous disons aussi : *Rationabile sit obsequium vestrum.* Or le problème électoral renferme ce qu'il y a de plus propre à ébranler la foi : l'incertitude des principes, le désordre des esprits, des déceptions presque continuelles, l'avortement de tous les essais, un mécontentement général, et jusqu'au découragement de nos amis, dont chacun traduit à sa manière ce mot si frappant de Cromwell au commencement des guerres civiles : « Je dirais bien ce que je ne veux pas, mais je ne sais pas encore ce que je veux. »

Cependant une réflexion nous soutient : c'est que les grandes nécessités sociales ne peuvent pas ne pas être des vérités. On a très-bien dit : *Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer;* à défaut d'autres preuves, celle-ci me suffirait; dans l'ordre moral, ce qui est nécessaire est vrai, et je suis dispensé de toute invention. En politique, l'institution dont une société civilisée ne peut se passer est possible par cette raison même.

L'embarras du législateur n'est jamais aussi grand que lorsqu'il est le maître de la matière qu'il régit. Quand il s'occupe d'un droit naturel, la base sur laquelle il opère lui est fournie par un législateur plus sûr de lui, et toute sa tâche est de garantir et d'organiser; il ne peut se tromper que sur la partie secondaire de son œuvre; mais quand il est obligé de tout tirer de son propre fonds, pensée première et mode d'exécution, c'est presque d'une création qu'il se charge, et sa responsabilité redouble. Or, un de nos principes, c'est que les droits politiques proviennent, non de la loi naturelle, mais de la loi positive; nous en avons dit les raisons au titre *De l'égalité* (1), et nous

(1) Voy. *supra*, pages 54 et suivantes

les avons puisées dans l'histoire, dans les éléments des sociétés modernes, et surtout dans la nature des droits politiques, comparés aux droits civils. Le législateur est donc grevé du pouvoir de dire où ils se trouvent, et à quelles conditions on les exerce. Sans doute, pour un législateur qui s'impose avant tout la nécessité d'être juste et vrai, il n'y a jamais rien d'absolument arbitraire; mais il n'en reste pas moins que la source des droits politiques, et par conséquent d'un bon système électoral, n'est pas de ces choses qui se révèlent immédiatement à la conscience humaine, et qu'il faut de l'observation et de l'étude pour la montrer avec quelque certitude.

La preuve qu'il ne suffit pas de mettre la main sur la conscience pour connaître une vérité de cette nature, c'est que les hommes d'État et les publicistes disputent sur son essence, sur les signes auxquels on la reconnaît, et que, dès le point de départ, leur désaccord éclate. C'est d'un système qu'il s'agit; il faut donc une théorie, bien que ce mot soit malsonnant aujourd'hui; il en faut une, comme il faut un plan à un architecte, et c'est sur la théorie que les plus grandes difficultés se déclarent. Non-seulement on ne s'entend pas sur les idées fondamentales, sur le but du système et sur les moyens; mais on les intervertit; on prend les moyens pour le but, et l'on édifie en conséquence.

C'est ainsi que l'élection, ayant nécessairement le même but que la représentation nationale dont elle est l'ouvrière, ne peut être dirigée que vers l'intérêt général, sans lequel la représentation nationale n'est qu'un mot; intérêt général dont la pensée ne se forme elle-même qu'à l'aide d'une presse libre, puisque, sans la presse, les idées d'un grand peuple disséminé sur un vaste territoire ne trouveraient pas leur point de jonction, resteraient isolées, et manqueraient d'unité. Qu'on y prenne garde ! l'intérêt général, indiqué comme but du système, n'est point une notion vaine et oiseuse, mais bien une vérité féconde en résultats, si l'on tient à être conséquent.

En effet, la fin du système ainsi fixée, ce qui va suivre ne se compose que des moyens d'y parvenir, et se subordonne par conséquent à la notion principale. Je tiens à cet ordre de nos

idées, et à ce que les secondes n'usurpent pas la place de la première; j'y tiens comme à la condition même d'arriver au but. Il s'ensuit que, pour être vraie, l'organisation tout entière du système doit être conçue dans la pensée de trouver le point précis où l'on est capable de discerner l'intérêt général et de le stipuler; ce degré de l'échelle sociale une fois trouvé, c'est à lui qu'il faut attacher la présomption légale de capacité, et l'exercice du droit électoral.

Qu'on le cherche ensuite, ce degré de l'échelle sociale, on pourra se tromper en fait, le placer trop haut ou trop bas, et tenter des essais malheureux; mais certainement on aura raison en principe, et l'on sera bien plus près de s'entendre. Par exemple, la capacité électorale doit-elle se présumer dans le nombre, ou dans la propriété, ou dans l'intelligence? Je conçois la question ainsi posée, car elle conduit à examiner si le nombre, si la propriété, si l'intelligence sont des indices de la capacité; mais je ne la conçois plus, quand on se demande si l'élection doit représenter ou le nombre, ou la propriété, ou l'intelligence; car on fait alors du nombre, de la propriété, de l'intelligence, non plus des moyens de découvrir ce que l'on cherche, mais l'objet direct de la représentation, et l'on ne peut manquer de s'égarer. Ce n'est plus à l'intérêt général que l'on tend; je comprends dans l'intérêt général le petit nombre aussi bien que le grand, le pauvre autant que le riche, l'esprit inculte autant que l'esprit éclairé.

Le nombre fait légitimement la règle dans une assemblée, dans un tribunal, dans un conseil, parce que chacun des membres ayant rempli les mêmes conditions, subi les mêmes épreuves, fourni les mêmes garanties, et se trouvant sur le pied d'une égalité parfaite avec ses collègues, la présomption est pour la majorité; mais parmi les hommes pris au hasard, c'est-à-dire dans le domaine de l'inégalité, jamais le nombre n'a constitué une puissance ni une valeur morale; jamais il n'a pu ni créer ni détruire un droit. Quand il s'agit d'un droit politique, plus on recherche le nombre, c'est-à-dire plus on descend l'échelle, plus on s'éloigne de l'intérêt général, plus on se plonge dans l'intérêt privé; on ne rencontre que les sugges-

tions du bien-être individuel, et la nécessité de s'occuper de soi-même. Ce serait un contre-sens de placer la présomption de capacité où précisément elle diminue, où quelquefois elle cesse; les moins capables en majorité feraient la loi aux plus capables en minorité.

La propriété est justement admise comme indice de l'aptitude électorale; on ne la prendrait pas impunément pour la chose même à représenter. Quand on se trompe à ce point sur son titre, elle ne s'empare pas à demi de la représentation nationale; elle l'occupe tout entière; elle y porte les préjugés et l'égoïsme, dont elle est loin d'être exempte; elle en fait son image; elle fonde tôt ou tard l'aristocratie territoriale, et infecte le gouvernement de l'esprit de privilége; elle crée à côté d'elle une classe pauvre qu'elle prend à sa solde; elle a ses lois céréales, qui ne sont qu'une manière de grossir ses revenus aux dépens de ceux qui ont faim, et quand elle a tendu ses rets, on n'en sort que par une révolution; dans la répartition des charges sociales, elle s'épargne, elle n'en prend que la plus petite part, et l'impôt foncier est presque nul, quand le poids de tous les autres est accablant. Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, nous avons à nous défendre de la contagion de l'exemple.

A quel titre l'impôt direct dénote-t-il la capacité? Est-ce uniquement comme manifestation de la propriété, c'est-à-dire comme signe d'un signe? Non, pas uniquement, puisqu'il porte également sur les personnes et sur l'industrie, et que son grand mérite est d'indiquer une foule de positions diverses, dans lesquelles la capacité est présumable. Ou bien, confère-t-il le droit électoral par lui-même, indépendamment de la position dont il est l'indice, et par la seule raison qu'on le paye? C'est une opinion fort répandue, et qui n'en est pas plus vraie, que quiconque paye un impôt doit ou le voter ou choisir qui le vote; autant vaudrait dire qu'il suffit d'être sujet de la loi pour devenir législateur, et que le devoir de lui obéir donne le droit de la faire; en d'autres termes, que la contribution aux charges de la société, en échange de la protection dont elle couvre nos droits civils, est nécessairement la source des droits politiques. Cette

Digitized by Google

fausse idée de notre condition sociale est une forme mitigée du suffrage universel.

Quant à l'intelligence, considérée comme objet de la représentation, j'ai quelque peine à m'en faire une idée nette. Qu'est-ce que représenter l'intelligence? Un pareil mandat se conçoit-il ? Est-ce matière à délégation? Que si l'on entend par intelligence le discernement de l'intérêt général, on devient plus clair, mais on tombe dans un autre vice : de quoi nous occupons-nous que de trouver ce discernement de l'intérêt général? On reproduit la même idée sous un autre nom; c'est l'intelligence donnée comme signe de l'intelligence. Que si enfin on ne parle plus de l'intelligence comme d'une condition générale et abstraite, mais seulement des positions spéciales auxquelles s'attache la présomption de la loi; ou si, pour me servir des expressions d'usage, il s'agit d'*adjoindre les capacités,* cette adjonction n'est pour nous qu'une conséquence naturelle de nos principes, puisque nous mettons toute la question à découvrir le point où la capacité se présume, et à rapprocher le plus possible la présomption légale de la réalité. Or il y a ici plus qu'une présomption légale, dont le caractère collectif suppose de nombreuses exceptions; il y a une certitude individuelle, puisque les positions spéciales dont on parle n'ont d'accès que pour la capacité éprouvée ou garantie.

Chaque idée ainsi mise à sa place, la fin soigneusement distinguée des moyens et commandant toute l'organisation qui va suivre, comptez les idées fausses, les théories hasardées, les intérêts de partis ou de systèmes qui tentent de se substituer à l'intérêt général, et dont ce seul mot fait justice. Que vous procédiez par présomption générale ou par indications particulières, vous allez aussi directement qu'il est possible au véritable électeur; vous rencontrez aussi juste que quand vous fixez la majorité à vingt et un ans; la capacité civile ne se détermine pas plus sûrement que la capacité politique. On court les mêmes risques pour l'une que pour l'autre: car il n'est sage de prétendre à la certitude absolue pour aucune espèce de présomption légale.

Digitized by Google

Mais ce n'est pas tout; le législateur qui a le mieux réussi dans la recherche de l'aptitude électorale n'a rempli que la moindre partie de sa tâche, et ceux qui en connaissent toute la difficulté n'entendront pas sans étonnement dire : « Il n'a trouvé que l'électeur. » Cependant l'expression est exacte; car cette première difficulté résolue, il en reste une plus grande, et d'autant plus redoutable qu'on s'en occupe moins. L'électeur une fois trouvé, il reste à assurer la position qu'on lui a faite, à protéger sa conscience, à l'accoucher de son vote. Qu'importe qu'on ait découvert le véritable organe, si l'organe ne répond pas ou répond mal? Que sert-il que l'intérêt général lui apparaisse, s'il ne le déclare pas tel qu'il lui apparaît? Ne lui demande-t-on que d'être clairvoyant? Ne faut-il pas surtout qu'il soit vrai? Que gagne le pays à son discernement, si on entoure son vote d'obsessions plus fortes que son courage? L'option étant donnée entre les deux conditions de discernement et d'indépendance, je n'hésite pas : la seconde est incomparablement la plus importante; mieux vaut un esprit médiocre qui dise sa pensée, qu'un esprit illuminé du ciel, qui dissimule ou altère la sienne. A ne considérer que notre état social, il y a plus de chances pour le discernement que pour l'indépendance, et même le risque de manquer celui-là est moins grand qu'on ne suppose. A quelque degré de l'échelle que l'on s'adresse, on est à peu près sûr de trouver l'intelligence. J'ai confiance dans les hommes réunis, en quelque lieu qu'on les prenne; les instincts qui dominent les masses ne manquent jamais d'une certaine justesse, et ont souvent de l'élévation; pour les surprendre dans toute leur infirmité, il faut les rompre et les attaquer en détail. Je pose en fait qu'il n'y a pas de collection d'individus à laquelle la notion de l'intérêt général soit absolument étrangère. Mais on peut détruire en elle le sentiment de l'indépendance; si l'homme est intelligent, il est faible; il l'est en raison de son ignorance et de ses besoins; et quand vous lui donnez à porter le poids immense de l'intérêt général, c'est alors, législateurs de la France constitutionnelle, que votre devoir est de le fortifier. Dans la vie privée, voir le bien, et faire le mal, est une faute qui peut rester personnelle; mais dans les

épreuves de la vie politique, voir le bien, et ne pas le faire, est une calamité sociale.

Quand l'électeur est sans indépendance, le mal a une portée qu'il importe de connaître. Il ne s'arrête pas à l'ordre politique; il pénètre dans la société. Lorsque le gouvernement représentatif manque à sa vocation, il n'est pas simplement inutile; il vicie : la nature humaine vaut alors mieux que les institutions, et elle reçoit la corruption de qui devrait la combattre. A choisir entre le despotisme et une représentation faussée, je pencherais à croire que la condition de l'homme est pire sous celle-ci. Sous celui-là, sans doute, il n'est pas libre, mais au moins n'a-t-il à lutter que contre ses penchants; au lieu qu'une forme représentative menteuse, qui d'ailleurs ne lui procure pas de liberté vraie, lui crée des tentations qu'il n'aurait pas connues sans elle. L'occasion d'exercer ses droits politiques n'est pour lui que l'occasion de mal faire. L'honnêteté de celui qui ne vote pas en conscience est déjà considérablement entamée, et il est bien difficile que l'homme reste pur où le citoyen a transigé. S'il met dans le commerce les choses qui n'y sont pas, que ne fera-t-il pas de celles qui y sont? Plus il a de discernement, plus sa chute est profonde. Imaginez une tache s'étendant autour de chaque collége, autour de chaque électeur, et calculez toute l'étendue de ce ravage. Je n'ai en aucune manière la prétention de moraliser; mais il appartient à notre sujet de signaler cette liaison entre la morale politique et la morale privée.

§ II. — De l'organisation électorale.

En donnant pour objet à l'élection l'intérêt général, sans fractionnement aucun; en exigeant, pour le découvrir et le déclarer, des organes qui aient à la fois de l'aptitude et de l'indépendance, de l'indépendance surtout, parce que l'indépendance avec peu d'aptitude n'est pas absolument incapable de bien, et que l'aptitude sans indépendance n'est capable que de mensonge et de bassesse; en déterminant ainsi, disons-nous, les conditions générales de l'élection, nous n'avons fait que de la théorie; nous n'avons traité que la partie la plus facile de la question; car,

pour tomber d'accord sur ces conditions générales, il ne faut que vouloir sincèrement le gouvernement représentatif. Mais c'est à l'application que les difficultés nous attendent, difficultés de toutes sortes, difficultés provenant de notre nature et de nos tendances égoïstes; difficultés naissant de nos institutions et de nos habitudes; celles-là moins insurmontables que celles-ci, de telle sorte que nos plus grands obstacles sont en nous. Les premières tiennent à l'organisation électorale elle-même, et lui sont intrinsèques; elles portent sur des dispositions intérieures et sur l'agencement de ses parties; elles se rencontrent partout où l'on rassemble les hommes pour les interroger sur ce grand intérêt. Les secondes lui viennent du dehors, et de son contact avec d'autres institutions rivales ou ennemies; elles ont pour objet d'établir l'harmonie entre des institutions d'esprit différent, entre l'esprit libéral du système représentatif et l'esprit despotique de l'administration impériale; elles ne se rencontrent que dans les pays et dans les temps où les parties d'un même gouvernement manquent entre elles de sympathie.

Je m'occupe d'abord de l'organisation en elle-même, parce qu'il faut trouver son état normal, avant d'aviser au danger de l'invasion étrangère qui la menace.

Toutes les difficultés de l'organisation intérieure peuvent se rapporter aux trois questions suivantes; et d'abord : L'élection sera-t-elle directe ou indirecte? Dans l'ordre logique, cette question est la première; ce n'est qu'après l'avoir résolue que l'on pourra poser la seconde : Où sont les vrais électeurs? Quelles sont les qualités qui les constituent? Les électeurs une fois trouvés, on arrive à la troisième : Comment les réunira-t-on? La circonscription électorale diffère-t-elle de la circonscription administrative ou judiciaire? Nous traverserons rapidement ces questions, par la raison que nous avons déjà dite : leur importance, bien que réelle, est cependant secondaire à nos yeux; l'efficacité de l'organisation dépend d'une circonstance qui est en dehors; sans l'indépendance, il ne faut rien attendre de la meilleure, et, avec l'indépendance, il ne faudrait pas désespérer de la moins bonne.

L'élection indirecte n'est plus une question constitutionnelle,

depuis qu'il est écrit dans l'article 50 de la Charte : « La chambre des députés sera composée *des députés élus par les colléges électoraux*, dont l'organisation sera déterminée par des lois. » Les colléges ne sont *électoraux* que pour *élire* les députés : c'est leur fonction unique; la Charte ne leur en connaît pas d'autre. L'élection d'un électeur n'est ni dans son langage ni dans sa pensée, et celui-là n'est pas l'électeur tel qu'elle l'entend, dont la mission se borne à choisir celui qui choisit. L'élection indirecte dérive du suffrage universel; elle en est une espèce dégénérée. L'impossibilité de réaliser la conception radicale a donné l'idée de ces élections à deux étages, dont l'inférieur est le plus rapproché possible de la base. Le suffrage universel n'est universel que parce qu'il admet tout le monde; son unique règle est de n'exclure personne. La plus simple restriction le détruit, et jette forcément dans le système contraire, qui est celui des catégories; les catégories ne se déterminent que par des présomptions générales, et c'est une nécessité des présomptions générales de laisser toujours quelqu'un en dehors. Quand on en est là, pourquoi deux degrés? Pourquoi une présomption plus forte pour ceux-ci, plus faible pour ceux-là? Le principe de l'égalité devant la loi s'arrange-t-il de ces nuances? On a dit que l'avantage des deux degrés était d'affranchir le député de la dépendance d'électeurs permanents : l'intention est bonne, mais l'effet y répond-il? Pour prévenir le contact de l'élu et de l'électeur, on détache celui-ci, au point de le désintéresser. Il n'aperçoit plus son ouvrage qu'en perspective; le zèle civique se glace chez lui, parce qu'il doute de sa participation réelle à un résultat dont on le tient si éloigné.

Si, dans la pensée radicale, le premier degré engendre le second, qui engendre le premier? Évidemment la volonté de la loi. Que si, pour éviter cette réponse, on descend davantage pour trouver une base plus profonde, de deux choses l'une : ou l'on rencontrera inévitablement la même réponse aux degrés inférieurs, ou l'on tombera dans toutes les impossibilités du suffrage universel. Dans la nécessité donc de prendre la loi comme source du droit politique, mieux vaut embrasser franchement le principe, et chercher dans la société la hauteur à

laquelle il convient d'attacher directement la présomption de capacité électorale. Cela posé, que la loi, en conférant le droit de l'électeur, use du sien, que penser de la loi actuelle, de celle du 19 avril 1831? En a-t-elle bien usé? Le côté blâmable de cette loi n'est pas dans la fixation du cens électoral à deux cents francs, et si, à la capacité ainsi présumée, elle eût adjoint la capacité prouvée, cette partie de son système serait sans reproche. L'abaissement du cens n'a que des avantages très-contestables, et j'avoue que les inconvénients seuls en sont sensibles à mes yeux; non pas qu'aucune classe de Français soit déshéritée à ce point de n'avoir ni l'amour ni l'instinct du bien public; mais je crois ne calomnier personne en affirmant que tout le monde n'est pas également bien placé pour l'apercevoir. Que sert de se roidir contre un fait? Le détruira-t-on en le niant? Je vois un contre-sens à placer la majorité numérique où la présomption de capacité diminue, et à multiplier les électeurs dans la région où l'une de leurs qualités nécessaires devient plus rare. J'en appelle à quiconque a pu observer une élection dans les petites villes : les électeurs qui ont la conscience de l'acte qu'ils accomplissent y sont aujourd'hui même en minorité. Mais ce n'est là que la moindre des objections; si le discernement de l'intérêt général se retrouve rigoureusement partout à un degré quelconque, il n'en est pas ainsi de l'indépendance; elle ne diminue pas, elle cesse où le sentiment des besoins personnels devient prédominant; c'est une vérité d'observation, que toutes les fois que les extrémités sociales se rapprochent l'une de l'autre dans un but politique, c'est l'extrémité inférieure qui succombe dans la rencontre; la destinée du faible et du pauvre est de servir d'instrument politique au riche et au puissant, et les amis de la démocratie recrutent sans s'en douter pour l'aristocratie. L'histoire de nos luttes contemporaines renferme cependant une leçon que nous devrions bien ne pas oublier si vite. De 1816 à 1820, la restauration avait mis aux prises l'ancien et le nouveau régime, déployant chacun une bannière différente; l'ancien, celle de la grande propriété, le nouveau, celle de la liberté constitutionnelle, et donnant tous deux l'intérêt qu'ils avaient embrassé comme le véritable intérêt

social. Quel pensez-vous qu'ait été le système de l'ancien régime? de restreindre l'élection et de la retenir pour lui ou près de lui? Il s'en est bien gardé. Il a préconisé les doctrines populaires comme les vraies doctrines libérales; il a soutenu que les droits politiques étaient des droits naturels, et que quiconque n'en jouissait pas était victime d'une exclusion; il a tenté d'élargir l'élection au point d'abattre presque toutes les limites; il a étonné la France par ses accès de colère contre le privilége, averti par son instinct que plus il se rapprocherait des besoins personnels, moins il rencontrerait d'indépendance, et mieux sa domination était assurée. Ne l'oublions jamais : si la liberté constitutionnelle est un bien commun à tous, on n'en trouve les conditions réunies que dans un certain milieu des sociétés modernes.

Les électeurs sont créés; comment les réunira-t-on? Question plus difficile peut-être que les précédentes. On ne sait pas assez le rapport de la circonscription électorale avec l'élection, et à quel point l'horizon que l'on ouvre devant l'électeur resserre ou étend les idées. Si l'on rassemble des citoyens sans lien entre eux, on les dépayse, on les jette dans l'inconnu, ils votent au hasard et sans conscience de leur vote. Si l'on sépare ceux que des relations sociales ont unis, on rompt leurs accointances naturelles, on les isole, on les prive d'une délibération commune : tout concert est impossible. Il y a donc un point à saisir, et ce point est fixé bien moins par les lois que par les mœurs. La France est une sans doute, mais elle est bien grande; et c'est une nécessité de sa grandeur que, sans se détacher de l'unité nationale, les idées et les intérêts y forment des groupes. Ces groupes, où sont-ils? Par un bonheur que nous paraissons ne plus sentir, l'assemblée constituante, à qui remonte notre gratitude en tant de choses, a répondu à cette question il y a plus de cinquante ans; elle a créé le département, et, ce qui dispense de toute recherche ultérieure, le département a été adopté par les mœurs. Avant 89, les intérêts se groupaient par province, et c'était la province qui députait aux états généraux; aujourd'hui, les intérêts se groupent par département; pourquoi n'est-ce pas le département qui députe à la chambre? Les voilà

tout trouvés ces centres partiels que nous recherchons; chaque chef-lieu est le rendez-vous naturel des citoyens dans un certain rayon; on le fréquente; on y a des habitudes; on y apporte, on en rapporte des idées, et il en résulte cette espèce de notoriété qui devient la mesure d'une opinion publique. Le regard s'y étend assez loin pour voir autre chose que l'intérêt privé; pas assez pour ne rien voir. L'élection qui s'y fait perd le caractère exclusivement individuel, et commence à y prendre ce caractère collectif, sans lequel elle n'est rien; le député est l'élu d'une masse, et non l'agent de quelques ambitieux. Il n'en est pas ainsi de l'arrondissement, encore moins du canton, encore moins de la commune; ces subdivisions de territoire n'ont qu'une existence fictive; bonnes pour déterminer les compétences administratives et judiciaires, elles sont de pure convention, comme les lignes de la sphère céleste, et les mœurs ne se sont pas réduites à leurs proportions. L'électeur que l'on va chercher sur le seuil de sa maison, à son foyer domestique, prend le gouvernement représentatif pour une restauration du culte des dieux Lares; il croit qu'on l'invite à ne songer qu'à lui, et il n'a garde d'y manquer. Qu'est-ce alors que l'élection? Une question d'homme à homme, un commérage de voisins et de voisines; et la députation? Un contrat d'homme à homme, un échange de services individuels. Voilà ce que peut la géographie sur la politique.

On craint, au chef-lieu de département, les inconvénients du scrutin de liste, et le danger d'inscrire sur son bulletin des noms dont on n'est pas sûr. Il faut cependant opter; dans l'arrondissement, on se connaît trop; dans le département, on se connaît trop peu. Que faire? Croire à quelque chose, ouvrir les yeux à une expérience de plus d'un demi-siècle, admettre l'existence de la famille départementale comme un fait désormais social, comme une de ces précieuses rencontres où le législateur et la société sont d'accord. L'esprit de cette famille, la notoriété qui s'y forme, répondent à tous les inconvénients du scrutin de liste, et mettent entre l'électeur et l'élu cette distance convenable, moyen terme entre l'éloignement excessif où l'on ne se connaît pas et le contact immédiat où l'on se connaît trop.

Ajoutez que la réunion par département répond à un besoin, en évitant un inconvénient; le besoin est d'augmenter le nombre des électeurs dans chaque collége, l'inconvénient d'augmenter la liste générale des électeurs; le collége départemental procure la première de ces augmentations sans recourir à la seconde.

Ce serait ici le moment de juger la loi de 1831, et par ses principes et par ses fruits; mais nous avons à lui demander de remplir d'autres conditions et de conjurer d'autres périls; ajournons donc notre jugement à son sujet, car il a besoin d'être préparé. Elle ne s'occupe que de l'organisation intérieure du système électoral, comme s'il n'y avait pas d'autre soin à prendre; elle n'aperçoit qu'une partie de sa tâche; elle semble ne pas se douter que, dans l'état actuel de nos institutions, si l'on s'arrête aux conditions du droit d'élire et à son mode d'exercice, on peut trouver le chef-d'œuvre du genre, et ne faire encore que la plus vaine des choses difficiles. Qu'importe le meilleur des tribunaux et le plus parfait des codes, si le justiciable subjugue le juge?

§ III. — De l'état normal de l'élection.

S'il est dans le gouvernement représentatif une vérité élémentaire, c'est assurément celle-ci : La chambre des députés surveille l'administration, la contrôle indirectement par le vote de l'impôt, et, s'il le faut, accuse les ministres. Il est encore convenu que cette surveillance n'est pas nécessairement hostile, et que c'est au contraire un élément ami que la Charte a entendu introduire dans la représentation nationale, comme condition de la garantie, comme précaution légitime contre les tendances naturelles du pouvoir. Si cette doctrine est vraie, elle l'est de toutes les parties de la chambre, sans distinction de la majorité et de la minorité : l'office des deux consiste également dans une sollicitude permanente, et, au besoin, dans l'exercice d'un droit redoutable. Une chambre, qui a une telle fin, que doit-elle être pour l'accomplir? Le bon sens répond qu'elle doit être indépendante; indépendante de qui? De tous, mais particulièrement de

l'administration. Car si un juge dépendant est un contre-sens, le contre-sens se complique, quand c'est du justiciable qu'il dépend.

Et l'élection, source d'une telle chambre, que doit-elle être? Conçoit-on qu'elle puisse ne pas être indépendante comme la chambre qu'elle est appelée à produire? Niez, ou seulement atténuez une seule de ces déductions, et ni la chambre, ni l'élection n'ont plus de sens.

Si ce principe est certain, voici une conséquence qui ne l'est pas moins : c'est l'élection qui doit être active; c'est l'administration qui doit être passive. Intervertissez les rôles, faites que l'élection subisse l'influence au lieu de l'exercer, et le système ne se comprend plus. Le mal n'est pas seulement que la partie soumise à la surveillance la neutralise chez celle qui en est chargée; il va plus loin; il blesse plus que la logique, il lèse l'état social; l'influence administrative n'a qu'une manière de s'exercer sur l'esprit de l'électeur, c'est de substituer chez lui l'intérêt privé à l'intérêt général, et de tuer le sens moral dans le sens politique. Ce qui condamne à jamais l'influence administrative sur les élections, c'est qu'elle n'a pas d'autre moyen de s'y faire sentir.

L'influence administrative ne pouvant être que la dépendance de l'électeur, on ne saurait sans illusion, si l'on admet l'une, se dissimuler l'autre, et voici ce qui arrive : nous faisons deux immenses pas rétrogrades; nous perdons deux des plus grands résultats obtenus par le régime constitutionnel. Il faut les signaler : 1° Un temps fut que l'on voulait ériger en principe la dépendance de l'électeur. M. Duvergier de Hauranne (1) rappelle qu'en 1816, lorsque la restauration s'occupa de la réforme des colléges impériaux, M. de Vaublanc, ministre de l'intérieur, soutint contre M. de Villèle qu'en droit constitutionnel *le pouvoir* (c'est ainsi qu'il l'appelait), *le pouvoir électoral était de sa nature subordonné et dépendant*. Cette doctrine fut rejetée, et le principe de l'indépendance prévalut; c'était cependant en 1816. 2° En juillet 1830, la prétention du prince était

(1) *De la réforme électorale et parlementaire*, p. 183. 1847.

de ne pas reconnaître l'élection, et de la rejeter quand elle lui déplaisait; cette question de principe fut résolue par la guerre civile, espèce de combat, non pas judiciaire, mais législatif, d'où sortit le principe contraire, à savoir : que l'élection était une règle, et que si la règle déplaisait, on ne pouvait appeler de l'élection faite qu'à une élection à faire. Qu'aujourd'hui l'influence administrative prévale, avec la dépendance de l'électeur, son inévitable conséquence, je dis qu'il ne reste aucune de ces deux conquêtes; les principes proscrits en 1816 et en 1830 reviennent sous d'autres formes : d'une part, l'électeur est maintenu dans son état de dépendance, et l'on peut se consoler par la réalité de n'avoir pas la formule; de l'autre, si l'élection fait la règle en théorie, dans la pratique on dicte la règle par avance, et l'on arrive aux mêmes fins, sans bruit et sans risque.

Ces vérités sont absolues; on ne transige pas avec elles. M. Guizot a reconnu qu'il y avait chez nous *abus de l'influence;* retenons ce mot comme l'aveu d'un fait, non comme l'énonciation d'un principe. L'influence administrative sur l'élection n'a pas d'usage légitime; par elle-même et intrinsèquement, elle est un abus; elle n'est admissible dans aucune mesure, et elle est condamnable péremptoirement. Il n'y a de salut pour la représentation nationale que dans la neutralité de l'administration; l'administration est un pouvoir, et non un parti; le parti qui la soutient peut parler et agir en dehors; mais l'administration elle-même n'a pas un mot à dire dans le jugement qu'elle doit attendre en silence, se bornant, comme pouvoir de police, à protéger matériellement l'opération électorale, et laissant la grande voix de la nation en sortir libre et pure.

Si, dans l'état normal, c'est l'élection qui doit être active et l'administration passive, l'état contraire, où l'administration est active et l'élection passive, est précisément l'état de corruption. Ceux qui se récrient contre cette conséquence ne se scandalisent que du mot, pour conserver la chose.

Suspendons ici la discussion; débarrassons-la d'abord d'une analogie trompeuse. Cette question de l'influence administrative sur l'élection est une question toute française, et le mal

Digitized by Google

contre lequel nous cherchons un remède est un mal domestique. Dans aucun autre pays constitutionnel, l'administration n'a autant de peine qu'en France à se combiner avec la liberté politique; on en sentira mieux la raison, quand nous aurons parlé de cette Angleterre, dont l'exemple toujours cité ne serait qu'un danger, s'il n'était bien compris.

§ IV. — De l'élection anglaise.

Entre le système électoral de nos voisins et le nôtre, il y a plusieurs différences essentielles : 1° ils ont des partis politiques, et nous n'en avons pas; 2° l'administration est chez eux tout autre que chez nous. Il n'est pas jusqu'au grand nombre de leurs électeurs qui ne s'explique par des circonstances qui leur sont propres. Apprenons à nous connaître, en étudiant ces différences, non dans le but d'emprunter aux Anglais tout ce qu'ils possèdent, mais d'y faire un choix, en leur laissant ce qui ne convient qu'à eux, ou ce qui ne convient à personne. Cette partie de notre droit public en est la plus neuve et la moins connue; c'est celle où l'expérience de notre passé nous laisse sans secours, où la raison publique de la France est offusquée de plus de préjugés, et où nous avons le plus besoin de nous aider nous-mêmes. Nous ne savons pas assez tout ce qu'il y a d'original dans le rôle qui nous reste.

Les partis politiques, cet instrument nécessaire d'un gouvernement représentatif, et sans lequel la nation, interrogée sur l'intérêt général, ne répondrait que par des opinions individuelles, les partis politiques ne sont pas de ces choses qui se commandent à volonté; on ne les décrète pas; ils naissent d'eux-mêmes, et ils naissent des mœurs plutôt que des lois ; ils sont rebelles à la main de l'homme, dès qu'elle se fait sentir; enfants de l'opinion, ils en ont l'allure indépendante; et quand ils se sont formés, avec toutes leurs conditions constitutives, ils sont le symptôme le plus sûr de la liberté constitutionnelle dans sa maturité.

Des partis politiques présupposent un esprit politique. C'est le bonheur singulier de l'Angleterre d'avoir eu ce genre d'esprit,

dès les premiers efforts de son travail constitutionnel. De tout temps, les citoyens y ont eu la préoccupation constante de l'intérêt général; je ne dis pas qu'ils l'ont toujours compris; mais, bien ou mal entendu, il a été sans intervalle l'objet de leur inquiétude, et le peuple y a reçu cette éducation des choses, à laquelle les hommes ne suppléent pas; c'est elle qui les a sauvés de l'indifférence politique, la plus mortelle ennemie du gouvernement représentatif. Alors, suivant l'éternelle loi de la liberté, les opinions se divisent et se classent, et celles qui ont de l'affinité entre elles adhèrent et forment un parti : « Un parti, selon Burke, le publiciste qui a le mieux approfondi cette théorie, est un corps d'hommes réunis pour favoriser, par leurs efforts communs, l'intérêt national d'après quelque principe particulier sur lequel tous sont d'accord. Les hommes qui pensent librement peuvent, en quelques points, no pas penser de même; toutefois, comme la plus grande partie des mesures qui ont lieu dans le cours des affaires publiques ont un rapport ou une indépendance quelconque avec *quelque grand principe général et moteur dans le gouvernement*, un homme serait singulièrement malheureux dans le choix de sa société politique, s'il ne s'accordait avec ses amis au moins neuf fois sur dix. C'est là tout ce qu'on a exigé pour imprimer à une réunion le caractère de la plus grande uniformité et de la constance. »

Ce n'est cependant pas assez de la sympathie politique pour constituer un parti; il peut y avoir sympathie dans le mal comme dans le bien; la définition de l'esprit de parti : *eadem velle atque eadem nolle*, est de Catilina haranguant les conjurés. Il faut encore que la sympathie se forme dans un but légitime, et sur la base d'un respect unanime pour la constitution du pays. C'est ce qui différencie le parti de la faction. Cette seconde condition ne date pas chez les Anglais d'aussi loin que la première. Leur esprit politique s'est égaré pendant des siècles, et n'a d'abord produit que des factions : factions pour la possession du trône, sous les maisons d'York et de Lancastre, factions sur la nature du pouvoir, sous les Tudors, factions sur la prééminence du pouvoir royal et du pouvoir parlementaire, sous les Stuarts. C'est depuis l'établissement de la maison de Hano-

vre que la dissidence n'a plus porté sur les grandes bases du gouvernement, et que les partis ont pris naissance : les jacobites se sont convertis au torysme ; on s'est entendu sur la division des pouvoirs; les torys ont penché un peu plus vers la couronne, les whigs un peu plus vers la liberté; ils ont pu modifier leur esprit et changer l'objet de leurs querelles; mais ils ne se sont jamais passionnés que pour un objet d'intérêt général, s'agitant sans péril dans des limites sacrées pour tous, et attestant la liberté politique, comme les battements du pouls attestent la vie. Cette nécessité d'opter entre les factions et les partis est inévitable chez un peuple libre; le progrès pour lui est de bien choisir entre ces deux manières de dépenser son activité politique, et de s'en tenir à la meilleure, pour éviter la pire; car l'une des deux est nécessaire. Aussi est-ce une maxime en Angleterre, que l'*extinction des partis est l'origine des factions* (1).

Après le culte du droit naturel, je ne sache rien de plus beau dans les institutions humaines que l'esprit des partis en Angleterre; ce qui est une vertu chez les grands hommes est une habitude chez eux. Ils savent se dévouer à une idée, et voient dans le pouvoir, non pas un but, mais un moyen de la servir, et d'en hâter le triomphe. Rien de l'homme vulgaire ne reste dans l'homme politique; aucun sentiment de rivalité n'approche d'un cœur tout entier au bien public, et l'on ne s'y permet aucun acte qui n'aboutirait qu'à une simple mutation de personnes. L'amour-propre abdique où le jugement de l'opinion est accepté d'avance; le pouvoir est un lieu de passage; on y entre sans orgueil, on en sort sans confusion, et l'on emporte dans la retraite l'estime et l'affection de ses adversaires.

Cet admirable mélange de partialité pour un principe, et de désintéressement dans le pouvoir, s'explique, nous ne le dissimulons pas, par un état social qui n'est pas le nôtre, qui ne peut et ne doit pas l'être. Pour épurer à ce point l'ambition de ses partis, l'Angleterre a besoin d'une aristocratie gorgée de

(1) Lettre d'Horace Walpole à Montague, du 11 décembre 1760. *Essai sur la constitution anglaise*, par lord John Russell. 1821.

richesses, à qui la satiété des jouissances de ce monde épargne ce qu'il y a de sordide dans l'amour du pouvoir; si cette tribu privilégiée, qui se réserve au sacerdoce des grands intérêts de la société, n'y apporte qu'une passion noble, c'est qu'on a pris soin d'avance d'assouvir en elle toutes les autres, et l'on n'y est parvenu, ni à peu de frais, ni sans dommage. De tous les genres de perfection, c'est le plus dispendieux et le moins légitime. Lorsque auprès de tant d'éclat on découvre tant de plaies, et que l'on récapitule les sacrifices que ce beau résultat coûte au droit naturel, on l'admire sans l'envier.

Cette honnêteté politique habite presque tout entière la tête du corps social; au-dessous, on retombe dans la condition vulgaire. Par un calcul naturel à l'aristocratie, elle appelle le nombre à l'élection; car elle exploite le nombre; le nombre lui appartient et constitue sa puissance; aussi l'Angleterre compte-t-elle environ un million d'électeurs, dont la majorité vit sous l'empire des besoins personnels. Nulle part ne se vérifie mieux cette observation des sociétés modernes, que, dans les choses politiques, le contact des classes supérieures gâte les classes inférieures. Sous cette éblouissante merveille, se pratiquent la corruption la plus effrénée, et le plus grossier mépris de la morale et des hommes. Les mœurs se sont profondément pénétrées du poison; on en est venu à penser qu'un mal aussi utile devait être indispensable, et qu'une nécessité aristocratique ne pouvait pas ne pas être une nécessité sociale. Après tout, à qui cette nécessité est-elle imputable, sinon à la nature humaine? La nature humaine n'a-t-elle pas le tort d'être corruptible, et est-ce un crime de la prendre telle qu'elle est? En conséquence, la vénalité électorale a été érigée en principe; elle se discute, se professe, s'enseigne aussi gravement qu'un apophthegme; elle a sa doctrine, ses procédés, son tarif.

Mais ne croyez pas que l'élection anglaise reste dans la fange où elle est un moment entrée; elle s'en relève, par un de ces phénomènes qui ne s'observent que dans cet inexplicable pays; à peine sortie de sa source immonde, elle remonte à la région des partis politiques, où elle se lave de ses souillures; elle se rachète en se mettant au service d'un principe. L'électeur a

vendu son vote dans un intérêt sordide, mais l'acheteur épure cet intérêt en le généralisant; tout ce qui touche aux idées impersonnelles et aux sentiments nationaux gagne quelque chose de leur noblesse. En résultat, il arrive que l'électeur, sans le vouloir peut-être, n'a pas voté pour un homme, mais pour une des manières dont les partis entendent le bien du pays; l'infamie du moyen ne se justifie pas; mais elle se pallie par l'incontestable utilité et la moralité réelle de la fin. Il n'y a que l'empirisme pour produire de ces contrastes et de ces disparates.

En présence de cette étrange lutte, où les jouteurs tombent si bas, pour se relever si haut, que fait l'administration? L'administration anglaise ne ressemble à la nôtre ni en bien ni en mal; elle n'a pas sa concentration, son universalité, ses prétentions; une précision aussi sévère ne la sépare pas des autres pouvoirs; elle laisse quelque chose d'elle au pouvoir judiciaire, qui statue souvent par voie générale, quelque chose au pouvoir parlementaire, qui procède fréquemment par voie d'enquête, comme dans l'exécution des grands travaux publics, et surtout des chemins de fer. Elle n'a pas sa personnalité propre, de laquelle tout relève; elle rencontre çà et là, dans les communes et les corporations, de nombreuses administrations locales, qui ne dépendent pas d'elle, et qui lui résisteraient au besoin. La loi du pays ne multiplie pas ses rouages, et ne lui prodigue pas ses agents. En présence de la lutte électorale, son attitude est celle d'un spectateur. Pourquoi s'y jetterait-elle? Les partis remplissent l'arène, leur place naturelle, et elle n'a rien de décisif à espérer ni à craindre de l'événement. Si l'opposition triomphe, il se fait quelques déplacements au sommet de la hiérarchie, et le gouvernement n'en éprouve aucun trouble. Elle est passive. Les partis se débattent, menacent, promettent, corrompent, et se rachètent ensuite, comme on l'a vu; tout ne se passe pas à souhait; mais l'intérêt général surnage, et la représentation nationale est sauve.

D'Angleterre revenons en France; il n'y a pas de comparaison plus féconde.

Digitized by Google

§ V. — De l'administration française dans ses rapports avec l'élection.

En parlant de l'élection anglaise, nous avons fini par l'administration dont le rôle y est secondaire; en parlant de la nôtre, commençons par l'administration, dont le rôle y est principal. Sachons d'abord quelle elle est; et, quand nous l'aurons connue, nous étudierons les effets de son influence sur tout ce qui prend part à l'élection ou en approche, sur l'électeur, le député, le ministre, les partis.

Cette administration française, dont l'influence électorale est en question, qui n'est pas sans doute le pouvoir le plus parfait de notre régime, mais qui en est la plus grande puissance, qui n'en est plus à demander l'entrée dans la lice, mais qui la possède et qui y règne, quelle est-elle? Rappelons-nous de quelle origine, à travers quelles phases elle est arrivée au régime de la Charte, et quelles prétentions elle y apporte. Récapitulons :

Elle est née, sous la constituante, de la simple séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. Mais la constituante n'avait jamais entendu l'affranchir des deux grands freins de tout pouvoir, d'une responsabilité et d'une juridiction.

Cependant le gouvernement impérial l'a instituée de telle sorte, en tant que responsable, qu'elle ne l'est que devant elle-même; en tant que justiciable, qu'elle ne relève que d'elle-même.

Comme responsable, elle en est précisément à ce point, où un principe décrété, mais non organisé, donne ce qu'il faut de confiance pour tout oser, sans aucun risque.

Comme justiciable, elle s'offre pour garantie à ceux qui se prétendent lésés par elle, et les renvoie en définitive au conseil des ministres, c'est-à-dire à elle-même.

On sent bien que le gouvernement impérial ne l'a pas ainsi faite pour la plus grande gloire de la représentation nationale. Aussi, quelque part que celle-ci la touche, elle crie. Veut-on rendre sa responsabilité efficace, son action est entravée. Veut-on la soumettre à une juridiction réelle, on menace la division des pouvoirs. Les pouvoirs ne sont divisés que pour elle; ils ne le sont pas contre elle.

Ce n'est pas tout. On n'a pas oublié ce que la doctrine a imaginé pour caractériser la double nature, active et contentieuse, de notre administration. On a distingué le *droit*, qu'on peut acquérir contre elle, de l'*intérêt*, qui lui est nécessairement soumis. Le *droit* correspond au contentieux administratif, qui en connaît seul, à ce même contentieux, qui a son embouchure dans le conseil des ministres, et qui s'y perd; l'*intérêt* à l'administration active, supposée responsable. La partie contentieuse peut avoir ses règles; la partie active n'en a, et, nous en convenons, n'en peut avoir que dans sa propre équité; en d'autres termes, elle dispose de *nos intérêts* sans contrôle et sans compte.

Maintenant, regardez de près cette dernière partie de l'administration, celle-là même qui a la disposition arbitraire de nos intérêts. Eh bien! c'est à elle que l'on donne l'influence sur les élections. On la place de manière à souffler ces mots à l'oreille de chaque électeur : *Livre-moi ton droit, j'aurai soin de ton intérêt.* Remarquez qu'ici, comme tout à l'heure, elle est encore justiciable; mais avec cette différence, que, justiciable en administration, elle décide elle-même d'elle-même, et que, justiciable en politique, on met à sa discrétion les *intérêts* de ceux qui vont décider d'elle. Voilà toute la différence. Il est vrai qu'en plaçant sous sa main tous les intérêts de l'homme social, on a soin de lui dire : *Au moins gardez-vous d'y toucher; n'y touchez pas, surtout au moment des élections, quand la tentation sera la plus forte.* En se heurtant à de semblables résultats, sous un régime qui se pique de vérité et qui promet la garantie, on reste confondu de tout ce que des révolutions contraires peuvent amalgamer d'éléments disparates dans une seule législation.

La voilà donc connue cette puissance à la fois inexpugnable et envahissante, qui remplit de sa présence la société tout entière et qui tient chacun de nous par un fil; non-seulement elle avoue qu'elle a l'influence électorale, mais elle soutient en thèse qu'elle doit l'avoir, et sa prétention fait naître un grave problème de notre droit public, que l'on peut poser ainsi :

On dit pour l'administration : Vous ne l'excluriez pas de la

Digitized by Google

lutte sans inconséquence; votre théorie devient la sienne; les règles que vous donnez à l'élection lui servent de titre; elle est un parti, selon même la définition que vous donnez de ce mot, car elle a sa manière d'entendre l'intérêt général, et elle n'est pas une faction, puisqu'elle reste dans la Charte. Si sa position est d'un justiciable devant son juge, écoutez-la donc; la jugerez-vous sans l'entendre? En présence d'un adversaire actif et passionné, sera-t-elle la seule à n'avoir la liberté ni de la parole ni du mouvement? La brigue n'est-elle pas pour tout le monde?

On répond : Si l'administration ne demandait qu'à être entendue, il n'y aurait pas de question; on ne lui conteste aucun des moyens du prosélytisme constitutionnel. Mais c'est un justiciable qui ne se contente pas de plaider sa cause, il choisit son juge; une fois choisi, il le domine; il se présente comme parti et il agit comme puissance; son intervention détruit l'égalité des chances, et par conséquent la lutte. Il ne doit rien pouvoir où il peut trop.

La question semble se réduire à ces termes : Quel est le caractère de l'administration dans la lutte électorale? Est-elle un parti? Est-elle un pouvoir? Si un parti, la lice lui est ouverte; si un pouvoir, elle doit lui être fermée. Une troisième hypothèse s'est présentée; on a demandé si l'administration ne serait pas d'une nature mixte, renfermant à la fois un parti et un pouvoir; il serait alors injuste de neutraliser l'un par la crainte des abus de l'autre, c'est-à-dire de violer la liberté en elle, pour ne la protéger que dans ses adversaires. Cette troisième hypothèse doit se rejeter tout d'abord : il n'est pas humainement possible que la personne mixte que l'on suppose distingue en elle ses deux éléments, et fasse la part de chacun d'eux avec assez de désintéressement, pour ne se permettre, comme parti, que les moyens du prosélytisme, et s'interdire, comme pouvoir, ceux dont l'autorité seule dispose. Il faudrait un optimisme bien naïf pour fonder sur cette abnégation de soi-même un principe de droit public. Il n'y a donc de question que la première : L'administration est-elle un parti ou un pouvoir? et, réduite à ces termes, elle n'en est plus une. Il est évident que, dans notre

régime, l'administration n'a d'existence que comme pouvoir; son origine, sa fonction, son but, tout le prouve. Or il implique qu'un pouvoir constitué soit un parti; le parti ne se constitue pas par la loi; il se forme dans le monde, et il se forme seul, par le mouvement spontané des esprits; si la spontanéité lui est enlevée, il périt. Nous reviendrons plus bas sur cette vérité.

Ici le reproche que nous faisons à l'administration française se présente dans toute sa précision. Nous ne lui reprochons pas d'avoir trop de force dans la sphère de l'exécution, qui est la sienne; cette thèse n'est pas la nôtre, et nous ne l'examinons pas; nous lui reprochons d'en sortir. Nous ne lui reprochons pas un excès de concentration, mais un excès de pouvoir. Née de la division des pouvoirs, elle viole la loi même de sa naissance, en franchissant sa limite.

Quittons la doctrine abstraite, et consultons les faits.

§ VI. — De l'influence administrative sur l'électeur.

Que de contradictions dans notre système représentatif! Voyez le juge parmi nous : il statue principalement sur les intérêts privés; ses erreurs, quoique fâcheuses, ne causent pas de trouble général dans la société, et cependant tout le fortifie contre l'influence extérieure; sa conscience se raffermit par la pratique journalière de ses devoirs; son esprit s'élève par la contemplation continuelle du juste; l'opinion lui est tutélaire, et, s'il venait à faillir, elle lui serait terrible; il est particulièrement prémuni contre l'administration, dont les empiétements sur lui peuvent prendre le caractère d'un délit; la loi soulage son âme en lui donnant l'inamovibilité, et sa raison, en lui fournissant des principes; les sûretés se multiplent autour de lui. Maintenant, à côté du juge, voyez l'électeur, dont le vote a son contre-coup à la fois sur les intérêts privés et publics, et peut tout conserver ou tout perdre; on le livre à la merci du plus irrésistible des tentateurs, et, qui pis est, d'un tentateur légal et officiel; on l'assiége par tous ses côtés accessibles; on spécule sur ses craintes et ses convoitises; le sophisme, si fort dans les mains du pouvoir, obsède son esprit et sa conscience.

La loi électorale veut que le vote soit secret, tant elle redoute l'influence extérieure! tant il importe à ses yeux que la conscience de l'électeur fasse immédiatement sa confidence à l'urne! Elle ne dédaigne pas de descendre aux détails d'exécution, et de régler la disposition matérielle du bureau; l'objet est si grand que le préteur se mêle cette fois des petites choses; mais au dehors, tout s'arrange de manière à rendre d'avance le secret illusoire; l'administration a l'œil sur le bulletin de l'électeur, et conduit sa plume.

Les préparatifs de l'élection ne sont pas moins curieux à observer que l'élection même. Ils commencent par les fonctionnaires chargés de l'influence immédiate sur les consciences. L'administration pourvoit d'abord à l'éducation de ses agents; elle dresse son armée à un nouveau genre de manœuvres, et elle exige d'eux une espèce de zèle qui ne comptait pas encore parmi leurs devoirs : c'est l'habileté électorale, ou l'art de bien choisir entre les innombrables modes de la séduction et de la menace; elle crée en eux l'émulation de l'intrigue; car elle ne les prise que selon qu'ils excellent dans cette funeste science. Aussi voient-ils avec effroi l'approche des élections; elles ne sont plus pour eux l'occasion d'un devoir ordinaire, mais une épreuve inique et cruelle, où il y va de leur destinée.

A la préparation des personnes on joint celle des choses, et c'est la loi du 19 avril 1831 qui s'est chargée de celle-ci. Si quelque ennemi de la représentation nationale eût entrepris de l'organiser de manière à la détruire, en lui faisant un corps sans âme, il se fût d'abord attaché à rendre toute indépendance impossible dans les colléges électoraux, et voici comment il eût résolu son problème : il eût mis d'un côté la plus grande faiblesse en présence de la plus grande force de l'autre. Ce qu'une haine systématique eût conçu, nos révolutions et une loi imprévoyante l'ont exécuté. L'empire a fourni à cette combinaison la plus grande force dans l'administration, que l'on sait, et la loi de 1831 la plus grande faiblesse dans les colléges de sa création. C'est une vérité triviale, qu'il n'y a d'intelligence et de courage politiques que dans les masses; l'instinct social meurt dans l'individu isolé. Le département

donnait la mesure de l'agglomération des idées dans la France nouvelle ; nos mœurs l'avaient pris pour type; la loi de 1831 l'a trouvé trop grand; elle est descendue à l'arrondissement judiciaire, qui n'a de signification que dans l'ordre des compétences; là, elle a trouvé que l'élection était encore trop au large; et, comme pour amoindrir le plus possible le cens collectif chez les citoyens, elle a tracé un cercle dans le cercle; elle a imaginé l'arrondissement électoral, qui n'a de signification dans aucun ordre d'idées, et qui touche à la nullité politique. Il ne reste plus que la quête des suffrages à domicile. Cette proie ainsi broyée et mâchée, elle l'a livrée en pâture au colosse qui la convoite ; elle n'a même pas un faible faisceau à rompre; la peine lui en a été épargnée.

Tout est prêt. A peine l'ordonnance de convocation a-t-elle ouvert ce vaste marché sur toute la France, que chacun y voit un avertissement de songer à soi. L'électeur devient tout à coup un de ces princes des contes de fées, qu'une puissance surnaturelle invite à former des vœux. N'a-t-il aucun droit? Il s'en suppose. N'éprouve-t-il aucun besoin? Il s'ingénie à s'en découvrir, et il finit par en trouver. Plus la marchandise est rare, plus le cours s'élève: moins le collége est nombreux, plus l'importance de chaque électeur augmente; son vote est décisif; il fera ou empêchera l'élection, et, comme la demande abonde sur la place, il saura bien y faire mettre le prix. Le vote n'est plus un droit civique; c'est une chose dans le commerce; c'est un capital que doit faire valoir un bon père de famille ; il est porté à l'actif du bilan ; il rétablit la balance du marchand; il sert de soutien à son crédit, et de dot à sa fille. Ne dites plus que le contrat *do ut des* est un contrat innommé; il vient de recevoir son nom ; il s'appelle élection.

Il faut voir comme on sait sauver les formes, disputer sur le mode, sur la mesure, sur la façon, demander grâce pour un salaire de telle espèce, grâce pour telle manière de le payer et de le recevoir. Notre habileté administrative en ce genre laisse loin derrière elle les casuistes tant flagellés par Pascal, et il est presque aussi difficile aujourd'hui de commettre le péché de corruption qu'autrefois celui de simonie. « Est-ce simonie,

lorsque deux religieux s'engagent l'un à l'autre en cette sorte : *Donnez-moi votre voix pour me faire élire provincial, et je vous donnerai la mienne pour vous faire prieur? Nullement... C'est une opinion probable et enseignée par beaucoup de docteurs, qu'il n'y a aucune simonie, ni aucun péché à donner de l'argent ou une chose temporelle pour un bénéfice, soit par forme de reconnoissance, soit comme un motif sans lequel on ne le donneroit pas, pourvu qu'on ne le donne pas comme un prix égal au bénéfice.* C'est là tout ce qu'on peut désirer. Et selon toutes ces maximes, vous voyez, mes pères, que la simonie sera si rare, qu'on en auroit exempté Simon même le magicien, qui vouloit acheter le Saint-Esprit (1)!... » Il y a cependant une différence entre les anciens docteurs et les nouveaux; ceux-là étaient larges en théorie; mais ils hésitaient devant les conséquences de leurs principes, et il leur arrivait de conseiller, sinon par scrupule, au moins par prudence, de ne pas faire tout ce qu'ils enseignaient; les nôtres, au contraire, farouches en théorie, s'humanisent dans la pratique.

La corruption électorale est plus coupable en France qu'en Angleterre; le corps électoral français sur lequel elle agit est composé dans un tout autre esprit que le corps électoral anglais. Nous n'avons pas d'aristocratie dont l'instinct soit de multiplier sa clientèle dans les électeurs, de les chercher où l'on a le plus besoin d'elle, et de les animer, comme une meute, par l'espoir de la curée. Nous puisons les éléments de notre système dans ce milieu, que l'on appellera, si l'on veut, bourgeoisie ou classe intermédiaire, mais duquel il est évident qu'est sorti le génie de la liberté, et qui constitue si bien la véritable société moderne, que les perfectionnements de celle-ci sont en raison des progrès de celui-là. Un corps que l'on compose sur une présomption de capacité est, d'après cette donnée de la loi, un corps d'élite, et il semble que ce n'est pas lui qu'il convienne de choisir, quand on veut faire une expérience *in anima vili;* quand on l'altère, c'est le cœur même que l'on gâte, et si on ne respecte pas l'élite de la France, où donc respec-

(1) Douzième provinciale.

tera-t-on l'humanité? Non-seulement la corruption électorale est plus coupable en France, mais elle y est plus dangereuse; nous n'avons pas l'espèce de palliatif avec lequel se consolent les Anglais; rien ne corrige chez nous le vote vénal; point de parti qui le fasse tourner au profit de l'intérêt du pays. L'électeur français qui se laisse corrompre ne fait autre chose qu'un marché; il ne vote que pour un intérêt privé; il reste avec la honte et l'irréparable dommage de sa mauvaise action, sans aucun correctif ultérieur.

Et cependant l'importation du principe anglais en France est chose à moitié faite; on le pratique avec une insolence naïve et tranquille. Nous nous abritons sous l'autorité de nos aînés en liberté politique, et nous sommes heureux d'échapper par elle à la triste nécessité de rester purs. Nous prenons le poison sans avoir l'antidote; imitateurs grossiers, nous copions leurs vices, et nous les copions mal. Les Spartiates montraient à leurs enfants des ilotes ivres pour les dégoûter de l'ivresse; les électeurs corrompus sont les ilotes ivres de la représentation nationale. Nous en sommes à ce point de n'y voir qu'un exemple qui nous autorise.

§ VII. — De l'influence administrative sur le député.

L'élection est faite. Que devient l'élu? Suivons, dans sa nouvelle carrière, ce représentant d'une nation libre, ce surveillant d'une administration responsable.

Il se prépare aux misères qui l'attendent par la plus grande de toutes, par la candidature. Le sens politique est éteint chez les électeurs; la notion de l'intérêt général s'est effacée de leur esprit; à défaut d'un sentiment commun auquel il puisse s'adresser, le voilà obligé de les prendre un à un, et sa candidature est une suite d'obsessions individuelles. Il fait dès le premier pas l'apprentissage de la mendicité, et il débute par se briser le caractère.

Comme il n'est point de maison d'électeur où il ait mis pied sans y laisser un engagement d'homme à homme, il se rend à son poste chargé de dettes, et de dettes dont la nature singu

lière demande à être connue : elles ont cela de propre, qu'elles ne sont de celles ni qui s'éteignent par le payement, ni que le débiteur puisse acquitter par lui-même.

Du député à l'électeur elles sont inextinguibles; le député est dans un défilé, entre l'élection faite et l'élection à faire, comme entre deux feux; à peine échappé à l'un, il essuie l'autre; il n'y a pour lui ni libération possible, ni intervalle dans son servage. Continuellement tenu en laisse par l'électeur, il n'a plus qu'un emploi, de jeter sans cesse dans cette gueule béante, qui ne se ferme plus et demande toujours.

Du côté de l'administration, sa condition n'est pas moins dure; il a beaucoup promis, et, réduit à lui-même, il ne peut rien tenir; il est insolvable; car, ce qu'il a promis, ce n'est pas son propre fait, c'est le fait d'autrui; il a accepté la rude obligation d'avoir un crédit inépuisable, et d'en abuser sans le perdre. L'administration s'y prête avec joie; elle tressaille d'aise, quand son juge vient s'abattre sous son charme, et se rend solliciteur auprès d'elle. Aussi lui prodigue-t-elle ses biens, pour mieux constater qu'il est sien; elle l'asservit par le crédit qu'elle lui laisse, et elle fait éclater sa dépendance, jusque dans les grâces dont elle le comble. Le réseau est tissu de telle sorte que l'électeur tient le ministre par le député, et le ministre, le député par l'électeur; le député est la personne interposée dans la corruption; nos mœurs lui ont donné pour emploi un véritable proxénétisme.

Il arrive ainsi qu'il s'est donné deux maîtres; le premier l'a pris à son service, à condition qu'il se mettrait au service du second. Il tend la main à l'électeur pour lui-même; il tend la main au ministre pour l'électeur; celui-ci lui attache le boulet qu'il va traîner chez celui-là.

Un compte lui est ouvert dans chaque ministère; il y a son doit et son avoir; mais son vote à la chambre a la même vertu que le vote de l'électeur dans le collége; il solde tout; sa boule rétablit la balance.

Son service le retient dans les bureaux de l'administration; son premier mérite est d'en savoir les êtres, l'escalier dérobé, la porte secrète, l'heure favorable. Il s'y loge; il y habite; il en

est le démon familier. Son éducation s'y continue et s'y perfectionne; il y apprend la patience de l'antichambre, et les habiles complaisances du cabinet. Il faut, pour répondre à son élection, de deux choses l'une, ou qu'il y apporte l'esprit d'intrigue, ou qu'il l'y prenne. S'il s'en préserve, c'est un instrument inutile à retrancher. J'adjure le jeune député qui remporte son premier succès dans le cabinet d'un ministre de se demander, la main sur la conscience, s'il se retrouve, en sortant, le même que quand il y est entré.

L'administration connaît si bien l'effet de cette pratique sur le caractère, qu'elle en fait une nécessité; si l'on s'habituait à se passer de l'intermédiaire du député pour obtenir justice, celui-ci se déshabituerait de quémander, le lien se relâcherait, et il pourrait échapper. Aussi accrédite-t-elle, dans le monde solliciteur, l'opinion qu'une dose quelconque de député est l'ingrédient nécessaire de toute demande; la pétition la plus juste revêt l'inévitable apostille, comme un costume de rigueur; c'est le billet de confession de notre temps, et quand l'administration s'empresse d'annoncer au protecteur le succès du protégé, pour lui en reporter le mérite, elle sent à merveille qu'elle resserre le lien et qu'elle raffermit son empire.

Ces mœurs ont produit dans notre société une situation qui a une fausse ressemblance avec l'ancien patronage. Partout où les patrons ont été connus, à Rome, quand le maître affranchissait l'esclave, quand un patricien adoptait pour client un plébéien de son choix; en France, dans notre ancien droit public, quand un homme riche fondait ou dotait une église ou une abbaye, ne se réservant que le droit de présentation ou de recommandation en cas de vacance du bénéfice, le patron faisait le bien sans intérêt, ou du moins n'attendait que l'honneur en retour de son bon office. Mais entre le patronage des Romains et la protection banale et intéressée de nos députés, la différence est la même que du maître qui affranchit son esclave, à l'homme libre qui se met en servitude. Il y avait entre le patron et le client un rapport direct de bienveillance et de gratitude; ils agissaient en connaissance de cause. L'apostille du député est à quiconque dispose d'un suffrage; c'est une griffe qui

s'appose indistinctement sur toutes les pétitions, un cadran au coin d'une rue donnant l'heure à tous les passants. Il recommande les solliciteurs qu'il ne connaît pas, il certifie les faits qu'il ignore. L'honneur immense de représenter son pays couvre un calcul égoïste, un mensonge politique, un abaissement moral. L'âme est saisie de tristesse à l'aspect de cette mission sublime, réduite à une ignoble besogne.

La constitution s'altère avec les mœurs. Le prince tient de la Charte le droit de nommer aux emplois publics; le bon usage de ce droit est une des premières obligations de tout gouvernement; chez nous en particulier, il a pour objet de prévenir un des abus le plus reprochés à l'ancien régime, l'esprit de népotisme, et de réaliser dans le nôtre son avantage le plus vanté, l'égale admissibilité aux emplois civils et militaires, et des choix fondés sur le mérite personnel. Telle est l'importance de cette partie de la prérogative, qu'on a parlé de la régler par un moyen excessif, par une loi, c'est-à-dire de la régler au risque de la détruire. Dans nos principes constitutionnels elle s'exerce par les ministres, dont la responsabilité s'appuie sur la responsabilité des agents secondaires. Un ministre, en pourvoyant à un emploi, ne doit avoir ni la conscience tranquille, ni sa responsabilité à couvert, quand il ne s'est point déterminé sur des renseignements transmis par la voie hiérarchique, et l'agent qui les a fournis a engagé la sienne, s'il les a pris dans un autre intérêt que celui du service. Voilà la règle, voici la pratique. Le crédit d'emprunt, le despotisme précaire du député change la nature et la destination des emplois; ils sont devenus la monnaie dont il paye l'élection faite, dont il achète l'élection à faire; on les lui a rendus nécessaires; on les lui a donnés; ils sont à lui; il en dispose. Il a des sujets à présenter, qui font concurrence à ceux des chefs de service; mais les siens l'emportent; ils ont le genre de mérite qui prévaut, l'habilité électorale. L'habilité électorale au premier degré, l'habilité parlementaire au second, c'est toute la justice, c'est le poids du sanctuaire. On ne connaît plus d'autre Dieu rémunérateur et vengeur.

Les chefs de service sont peu à peu dépouillés de leur droit; le député ne recommande plus, il exige; et l'administration se

garde bien de secouer le joug volontaire qu'elle s'est donné. Elle n'ignore pas que c'est son prestige qu'elle fortifie, que c'est elle-même qu'elle adore dans l'idole de sa création. Qu'arrive-t-il? Le droit de nommer aux emplois passe en d'autres mains; la responsabilité des agents se détourne de la ligne hiérarchique. Je me trompe : elle ne se déplace pas, elle périt; car le député qui l'ôte au fonctionnaire ne l'assume pas sur lui; il s'efface dans le mal qu'il fait. L'administration n'était déjà responsable qu'en principe; elle l'était peu ou point dans la pratique; mais nous avançons d'un pas: désormais il serait injuste qu'elle le fût. Voilà toute une partie de la prérogative hors de la Charte. Le gouvernement n'est plus le gouvernement que nous croyons. Comment le qualifier? Nous dirions qu'il est administratif, s'il n'était de l'essence de toute administration d'être responsable; mais certainement il n'est plus représentatif; il a changé; il n'a plus de nom; c'est un monstre.

Ainsi vont les choses, même quand le député n'est pas fonctionnaire; mais quand il est fonctionnaire, le moyen de peindre ce qui se passe?

Comme les députés s'établissent dans l'administration, l'administration s'établit chez les députés, et rend désordre pour désordre. On a placé dans leur palais deux boîtes à lettres, par lesquelles leur vaste correspondance s'écoule en franchise. Ces boîtes sont un symbole ; elles signifient que l'administration se prête à son envahissement par les députés, à condition qu'ils se laisseront envahir par elle. Elle va chez eux, dis-je: elle n'y envoie pas les siens, elle y va en personne; car, dans ceux qu'elle envoie, elle refuse de distinguer l'agent du citoyen; la liberté du député fonctionnaire s'abîme dans l'obéissance de l'agent. C'est au milieu de ce chaos qu'on a demandé si le fonctionnaire pouvait être député; il le peut sans aucun doute, s'il reste libre; il ne le peut pas, s'il cesse de l'être; on n'entre pas dans la chambre à deux titres différents. L'administration, dont cette indéfinissable situation est l'ouvrage, se tourmente pour en inventer la théorie; tantôt elle a dit que le fonctionnaire député ne pouvait se permettre de traiter que les questions de détails, et elle l'a mis à une demi-diète; puis l'invention n'a pas paru assez

bonne, et elle a dit qu'il ne devait se permettre que des votes muets; on l'a mis au régime du silence, on en a fait le pythagoricien du gouvernement représentatif, et ce ne sera sans doute pas le dernier état de la théorie. Quelle qu'elle soit, l'identité absolue de l'administration avec le fonctionnaire député est constante pour tous les hommes de bonne foi; elle l'était pour M. Royer-Collard dès 1824; dans son admirable discours sur la septennalité, il ne trouve qu'une locution pour dire à quel point l'administration tyrannise les droits civiques; il soutient que c'est elle qui vote. « Elle vote, disait-il, par l'universalité des affaires et des intérêts que la centralité lui soumet; elle vote par tous les établissements religieux, civils, militaires, scientifiques, que les localités ont à perdre ou qu'elles sollicitent; elle vote par les ponts, les routes, les canaux, les hôtels de ville... » On n'avait point encore les chemins de fer. Après avoir voté au collége, elle siége à la chambre; nous l'avons vue décliner toute responsabilité effective; nous l'avons vue investie du droit d'autoriser des poursuites contre elle-même; nous l'avons vue statuant elle-même sur ses différends avec les tiers; la voici se contrôlant elle-même à la chambre élective. O représentation nationale !

§ VIII. — De l'influence administrative sur les partis.

Ce titre est impropre, puisqu'il n'y a point de partis en France; et néanmoins je le maintiens, ne fût-ce que pour constater ce vide.

Comment aurions-nous des partis, élément du gouvernement représentatif, quand nous n'avons pas d'esprit politique élément des partis? Nous avons bien l'ardeur de la lutte, l'émotion du combat; mais, dans l'intervalle des crises, presque rien de cette sollicitude infatigable, qui n'a besoin, pour aliment, que des affaires quotidiennes du ménage. La chose publique, dénuée de péril, de passion, de scandale, n'aiguillonne plus notre langueur; l'intérêt privé absorbe notre activité tout entière, nous livre à l'avide puissance qui nous convoite, lui présente notre côté faible, et fait de nous une proie qui s'arrange elle-même pour être plus commodément dévorée.

Aussi, point de partis. Ce ne sont point des partis, ces restes de factions qui s'agitent autour de nous; ce ne sont point des partis, ces agrégations d'hommes, dont l'ambition personnelle est la seule raison d'être. Vous ne parviendrez ni à les compter, ni à les caractériser. Vous ne les compterez pas; elles sont innombrables; l'intérêt général ne se divise pas arbitrairement; il ne donne à choisir qu'entre le petit nombre de faces qu'il présente, et il suscite alors des whigs et des torys. Mais quand on sort de ces divisions principales, on se perd dans l'infiniment petit; on tombe en poussière, et les coteries se multiplient sans raison et sans terme. Vous ne les caractériserez pas, au moins par un principe général; elles ne se reconnaîtront dans notre histoire constitutionnelle qu'à des noms propres et à des dates. Le parti véritable se forme pour un intérêt réel; la coterie invente un intérêt pour se donner les airs d'un parti; mais il est plus facile de prendre d'un parti l'apparence que le caractère; car le caractère tient à l'origine, et l'origine ne se contrefait pas. De là vient que, dans les rapides vicissitudes de nos ministères, le plus grand embarras de celui qui arrive est de se distinguer de celui qui s'en va, et de rédiger son programme.

Le parti a une consistance qui lui est propre, car il procède de l'opinion; la coterie ne pense et n'agit que par ses chefs. Le parti a des convictions; la coterie n'a que des mots d'ordre; quand le mot d'ordre manque, ces soldats épars ne savent où se rallier.

Non-seulement nous n'avons pas de partis, mais, ce qui est douloureux à dire, nous n'en aurons pas, tant que durera l'influence administrative sur l'élection. Cette influence est impérieuse, jalouse, exclusive; elle est mortelle à l'opinion; l'opinion vit de liberté; comment lui supposer une expression officielle? Où les partis se formeront-ils? Leur place est prise. Comment se formeront-ils? Leur organe est usurpé.

Il en est des croyances politiques comme des croyances religieuses; elles ont deux périodes : dans la première, elles sont une affaire de choix et de conviction personnelle; dans la seconde, elles se transmettent héréditairement. Les partis anglais en sont à celle-ci, l'opinion française à celle-là; le

moindre trouble à la spontanéité de ses mouvements fait avorter le parti près de naître.

L'influence administrative a des effets de deux sortes : elle irrite les uns, elle énerve les autres; elle n'a que des ennemis ou des esclaves. Qu'on lui résiste ou qu'on lui cède, ce n'est jamais par une raison légitime; et, sous son action, aucune conscience ne reste ce qu'elle doit être. Si elle est la plus forte, elle asservit; si elle trouve de la résistance, elle crée des factions; jamais il n'en résulte un parti : il ne lui est pas donné d'en créer.

Que faire donc? Rien. Quelle détermination prendre? S'abstenir. Il serait déraisonnable d'exiger de notre jeune monarchie qu'elle fît magiquement ce que le temps seul peut faire, et qu'elle improvisât des partis. Mais il est des devoirs actuels qu'impose à l'administration supérieure notre état de transition; s'il n'est pas en elle de former des partis, elle n'y doit pas faire obstacle, et elle y fait obstacle par son influence, en se jetant dans l'arène, en y jouant leur rôle, en s'offrant, pour point de mire, comme patron ou adversaire des candidats. Exercer provisoirement l'influence, en attendant que les partis se forment, c'est, comme le paysan d'Horace aux bords du fleuve, attendre que l'eau s'écoule; c'est pis : c'est aggraver le mal par sa durée même. Il faudrait se mettre résolûment à l'œuvre, et commencer sans retard la tâche laborieuse de s'abstenir.

Quant aux intérêts légitimes de l'administration, considérée comme pouvoir constitutionnel, et résignée à l'état passif, qu'elle se rassure; notre régime, rendu à son allure naturelle, lui susciterait des défenseurs. A peine se serait elle réduite à la neutralité électorale, qu'elle verrait se former hors de son sein un parti, un parti véritable, qui plaiderait sa cause, car sa cause importe à l'intérêt général, et qui la plaiderait mieux, par la raison même qu'il ne s'identifierait pas avec elle. Justice lui serait faite, et sa force morale augmenterait de sa réconciliation avec la liberté politique.

§ IX. — Contre-coup de l'influence administrative sur le ministère.

L'influence électorale déprave même ceux qui l'exercent. Elle part du ministère pour réagir sur lui, et réagir en mal.

On n'intervertit pas impunément l'ordre constitutionnel. Quand le ministère prend la direction qui appartient à l'élection, il n'est plus seulement le premier agent du pouvoir exécutif; il devient pouvoir législatif sous le nom d'autrui. Si le gouvernement est encore représentatif en quelque chose, c'est en tant qu'il représente le ministère; l'élection ne réfléchit d'image que la sienne.

Le ministère, qui ne reçoit point la règle, la fait, et la fait à l'aide de la majorité. La majorité change alors de caractère; elle n'exprime plus le droit; elle le constitue; elle n'est plus un signe, mais un criterium. On n'a pas la majorité parce qu'on a raison; on a raison parce qu'on a la majorité. La majorité étant un chiffre cabalistique avec lequel tout est légitime, l'important n'est pas de la mériter, mais de la conquérir; on ne la recherche pas par l'opinion publique, on l'achète; la bonne administration est un moyen moins sûr que l'intrigue. Le chiffre de la moitié des voix, plus une, dispense de tout; on se déshabitue de la discussion sérieuse, on vote. Le gouvernement n'a qu'une affaire, l'élection; qu'un argument, le scrutin. Les controversistes de la Sorbonne se disaient encore avec regret qu'il était plus facile de trouver des moines que des raisons; ce regret est épargné au ministère; il se passe de raisons, quand il a les moines. C'est la déification de la majorité.

Dans le gouvernement représentatif normal, le ministère et l'État sont choses très-distinctes, qui peuvent se séparer, qui se séparent; l'un passe, l'autre reste, et tout est dans l'ordre. Mais le ministère qui fait la règle ne se distingue point de l'État; il le résume en lui, il se l'assimile; l'État, c'est lui, Aussi n'est-il rien qu'il n'immole à sa propre conservation, Toute réaction du dehors sur lui est un désordre. Il détrône l'opinion; si elle tente de reparaître, il la nie; s'il la reconnaît, il la récuse. Sa retraite serait la fin du monde.

Digitized by Google

Les hommes d'État n'ambitionnent plus le pouvoir que pour lui-même; il est pour eux une fin, non un moyen; comme ils ne recherchent rien au delà, tous les moyens sont bons pour y arriver, et l'influence électorale est le plus puissant de tous.

L'administration, qui ne se sent point sérieusement surveillée, devient effrénée, téméraire. La loi n'étant dans ses mains qu'une forme docile, son intempérance se fait sentir dans les traités diplomatiques par le sacrifice du droit public, dans les finances par l'abus des crédits supplémentaires, dans tous les services par l'exagération des entreprises et des dépenses. Elle peut ruiner l'État au sein de la prospérité.

Voilà ce qui arrive, quand l'influence passe de la partie qui doit l'exercer à celle qui doit la subir. J'entends demander où est la corruption; moi, je demande où elle n'est pas. On ne sait pas assez ce que l'on fait, quand on altère le vote électoral; électeurs, députés, partis politiques, agents du pouvoir, rien de ce qui y touche ou en approche ne reste sain. C'est une institution excellente ou détestable que le système représentatif; en remettant à l'homme privé l'exercice de ses droits civiques, il l'ennoblit ou le dégrade; il l'ennoblit, s'il conserve pur en lui le sentiment du droit qu'il lui commet; il le dégrade, s'il dénature ce sentiment. Sérieusement entendu et pratiqué sincèrement, le gouvernement représentatif est le plus puissant auxiliaire de la morale publique et de la civilisation; perverti, c'est une des formes de machiavélisme. Mettre ses droits civiques dans le commerce, c'est imiter de bien près l'esclave qui y met sa liberté.

Le mal dont nous nous plaignons n'est une nécessité ni de la nature humaine, ni de notre état social, ni du gouvernement représentatif; et les amis de la Charte, les plus sages et les moins novateurs, n'ont aucune de ces raisons pour s'y résigner. Ils ne demandent au législateur, ni que la nature humaine ne soit plus corruptible, ni que notre état social soit sans mélange, et le gouvernement représentatif sans abus; ils ne demandent même pas, remarquez-le bien, qu'on altère l'administration dans son essence. Que l'administration reste ce qu'elle est dans la division générale des pouvoirs; cette belle unité, qui la rend

si puissante pour l'exécution des lois, qu'elle la garde; mais qu'elle ne déborde pas sur la représentation nationale. Elle n'est pas, encore une fois, la cause de la corruption humaine; mais elle la fomente, la cultive, la recueille; elle en fait une ressource du gouvernement, elle l'installe dans le régime constitutionnel. Voilà le crime, car c'en est un, qui inspirait à M. Royer-Collard ces paroles amères : « Nos pères n'ont pas connu cette profonde humiliation. Ils n'ont pas vu la corruption placée dans le droit public, et donnée en spectacle à la jeunesse étonnée, comme la leçon de l'âge mûr. » Que si nous nous trompions, eh bien! notre peine n'aura pas encore été inutile, en posant ainsi la question entre la représentation nationale et l'influence administrative; si c'est l'influence administrative qui doit prévaloir et la représentation nationale céder, qu'on le sache au moins et qu'on le dise : nos institutions seront jugées.

L'accusation, dans ce grand procès, a jusqu'ici porté sur les choses plus que sur les personnes, et elle a été juste en cela : le vice de notre système représentatif a sa cause dans une force majeure, dans la juxtaposition d'institutions hétérogènes, dans la succession de l'anarchie au pouvoir absolu, du despotisme à l'anarchie, du régime constitutionnel au despotisme. Mais prenons-y garde : voici la transition de la première à la seconde période de notre régime; on devient complice du mal guérissable que l'on ne guérit pas, et l'accusation passerait des choses aux personnes. Ouvrons les yeux; le temps des coups d'État est passé, dit-on; mais la corruption électorale, qu'est-elle autre chose qu'un coup d'État honteux et successif à la place d'un coup d'État violent et instantané, un coup d'État qui se cache à la place d'un coup d'État qui s'avoue? La tâche du gouvernement de juillet est pressante, autant que grande et sainte; s'il restait sourd au cri de la conscience publique, le défaut de vérité deviendrait une imposture. Pour Dieu et la liberté, qu'il ne méconnaisse pas sa noble destinée! Que tarde-t-il? Le mal augmente, il a doublé depuis dix ans. Qui sait jusqu'à quel jour il sera réparable?

§ X. — D'une sanction pénale.

« Expergiscimini aliquando, et capessite reipu-
« blicam. »

Dans les meilleurs temps, sous les formes les plus parfaites du gouvernement, quand le législateur n'a de combat à livrer qu'à la faiblesse naturelle de l'homme, quand la loi morale et la loi politique sont en harmonie, une sanction pénale est encore une nécessité, comme expiation à tirer du délinquant, comme exemple à donner au reste du monde. Mais la nécessité redouble dans un temps de réforme, quand la loi morale est en guerre avec la loi politique et succombe, quand le mal est dans les esprits et que l'administration en profite, quand il prend sur les uns l'ascendant d'un préjugé, et chez l'autre l'autorité d'une règle; dans cet état, les remèdes ordinaires ne suffisent plus, et cet état est le nôtre. Le mal a chez nous la double cause que nous avons signalée : le vice propre de la loi de 1831, et le voisinage contagieux de l'administration; de la loi il passe dans les colléges; des colléges il remonte à l'administration qui le reçoit, et en renvoie le double à la société; nos électeurs sont, dans cet enseignement mutuel, les premiers corrupteurs de la représentation nationale; ou du moins, ils sont les premiers infectés, et, comme en temps de peste, ils deviennent à leur tour cause d'infection; on leur laisse, dans cette propagation d'un nouveau genre, le rôle le plus actif en apparence, et l'administration, qui recueille en réalité tous les fruits, semble n'avoir d'autre tâche que d'acquitter les dettes créées pour eux. Ainsi, la conscience de la nation tout entière se fausse; quand la morale publique tend à s'épurer par le sentiment religieux et la diffusion des lumières, elle est menacée par nos institutions représentatives; quand le mouvement spontané des classes sociales est vers le bien, un mouvement contraire vers le mal lui vient de nos lois, et, phénomène inouï! la corruption, qui exerce ordinairement ses ravages dans celles où il y a le plus de besoins et le moins de lumières, leur arrive de celles où il y a le plus de lumières et le moins de besoins.

Digitized by Google

Lorsque l'on fit le code pénal en 1810, il ne restait rien de la représentation nationale; l'esprit en était mort, et la forme mutilée; son nom même n'appartenait plus qu'à l'histoire de la science; l'administration au contraire était dans son progrès; ce n'était le moment de songer ni à ressusciter l'une, ni à réprimer l'autre. Lors de la révision du code, en 1832, notre éducation constitutionnelle était peu avancée; il ne s'était écoulé qu'un an depuis la loi de 1831, et l'influence désastreuse de l'administration sur le système électoral n'était encore distinctement accusée, ni même aperçue. Aussi l'idée de représentation nationale est-elle absente de notre code. A l'ancien titre : *Crimes et délits contre les constitutions de l'Empire,* on a bien substitué les *Crimes et délits contre la Charte constitutionnelle;* mais le système d'incrimination n'a pas changé. Il y a des peines contre ceux qui font obstacle à l'exercice des droits civiques, qui commettent des infidélités dans le dépouillement d'un scrutin, contre les fonctionnaires publics qui se laissent corrompre et contre les empiétements réciproques des autorités administrative et judiciaire; mais toutes ces peines ne menacent que le délit du citoyen contre le citoyen, ou du fonctionnaire envers sa fonction, ou une fonction étrangère. Le point de vue du législateur ne s'élève ni ne s'étend dans l'article même où il a souci de la corruption électorale; article 113 : « Tout citoyen qui aura, dans les élections, acheté ou vendu un suffrage à un prix quelconque, sera puni d'interdiction des droits de citoyen et de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. » Il ne s'agit encore là que du citoyen qui vend ou achète un suffrage; c'est sans doute la morale publique qui est vengée, mais elle n'est vengée que dans l'individu, et encore faut-il que la corruption se montre en lui sous sa forme la plus grossière. Sans doute encore, ce texte atteindrait au besoin l'administrateur, mais l'administrateur comme homme, non l'administrateur comme pouvoir. Aucun texte, en un mot, n'a prévu, aucun législateur n'a voulu prévoir cette influence collective, officielle, systématique, qui met aux prises le génie impérial et la liberté constitutionnelle. Et cependant c'est de l'administration ainsi envi-

sagée que vient le mal; elle seule peut acquitter les dettes du député envers l'électeur; elle seule refuse d'affranchir le citoyen dans le fonctionnaire élu; elle seule le poursuit de sa discipline jusque dans le sanctuaire de la liberté. C'est cette influence qu'il faut démasquer et flétrir, en l'appelant de son vrai nom; la loi pénale peut seule la dépouiller de son prestige, la mettre à nu et la rabaisser jusqu'au crime.

J'ai vu, dans ma carrière de magistrat, un curieux effet de la justice criminelle sur la conscience humaine. Les habitants d'un de nos cantons littoraux étaient en possession immémoriale de piller les navires naufragés sur leur côte, et qu'on ne se hâte pas de les juger : probes à tout autre égard, ils mettaient la main sur ces tristes débris, comme sur un bien légitime qui leur était envoyé de Dieu. Il y eut une poursuite criminelle, et lorsqu'ils virent pour la première fois à l'audience leur prétendu droit se changer tout à coup en un brigandage de la plus odieuse espèce, ce fut une révélation inattendue pour ces honnêtes criminels; ils oublièrent la peine qu'on leur infligeait pour le remords qu'on venait de leur donner, et le langage du ministère public raviva tout un côté mort de leur conscience.

Ce que la loi pénale a pu seule contre le crime de l'ignorance, seule elle le pourra contre le crime d'une civilisation corrompue. Notre monde électoral qui attend d'elle sa régénération lui offrira, par des raisons diverses et à des degrés différents, la même bonne foi dans le mal; l'illusion de l'électeur vient de l'intérêt privé, et descend sur lui d'une autorité plus haute qui le domine; celle de l'administration, d'une idée fausse sur sa propre nature et d'une tradition déjà vieille. Nos électeurs feraient volontiers la même réponse que ceux d'Angleterre aux commissaires enquêteurs du parlement, lors de la réforme de 1832 : « Regardiez-vous que vous vendiez vos votes? — Non... Ce n'était pas précisément les vendre... nous n'avons pas beaucoup étudié ces choses-là. — Pensez-vous qu'il n'y a pas de mal à recevoir de l'argent pour son vote? — Nous n'avons jamais vu grand mal à ça (1). » Notre préjugé admi-

(1) *Examen du système électoral anglais*, par M. Jollivet, p. 97. 1836.

nistratif ne se rendrait sans doute pas aussi facilement, et demanderait des efforts plus grands et d'un autre genre; mais, des deux côtés, c'est la même révélation à faire, le même apostolat à entreprendre.

On objectera les difficultés d'une incrimination nouvelle, surtout à l'égard de l'administration. Le fait, susceptible peut-être de qualification et de preuve chez le candidat et l'électeur, de la part de l'administration sera presque insaisissable. Son tort est d'abuser de son influence; mais qu'est-ce que l'influence? Jusqu'à quel point est-elle légitime? Où cesse-t-elle de l'être? L'administration pratique peu la corruption individuelle, qui ne gagne les hommes qu'un à un, qui demande plus d'efforts, qui a plus de dangers, et dans laquelle elle a pour concurrent chaque citoyen; elle opère plus en grand et d'une manière plus large; elle fait la corruption collective, dont les vastes coups de filet lui amènent une population tout entière, où personne ne lui fait concurrence, et qui ne laisse pas de trace après elle. C'est à l'intérêt local que s'adressent ses séductions les plus puissantes; tutrice des communes, des corporations, des établissements publics, dont la loi moderne lui a fait une immense inféodation, elle y distribue à discrétion la justice et la faveur. Qui les distinguera l'une de l'autre, sans se mettre à la place de l'administration? et comment les distinguer? Une faveur n'est pas toujours une injustice, et la justice elle-même n'est pas toujours sans quelque mélange de faveur; une influence suspecte peut se glisser jusque dans la concession la plus légitime, dans la manière, dans le temps, dans une pensée sous-entendue; et la raison électorale se retrouvera encore où il ne sera juridiquement possible ni de la convaincre, ni même de la surprendre.

La difficulté est réelle; peut-être se grossit-elle par la nouveauté de l'entreprise; mais ce serait l'augmenter encore que de la dissimuler; elle est également grande, qu'il s'agisse de la pénalité ou de la juridiction. Cependant j'insiste; notre époque veut que la représentation nationale ait sa réalité; la lutte des deux idées rivales est arrivée à sa crise; il en faut sortir, et on n'en sortira pas par ces tentatives de réforme électorale et par-

lementaire, dans lesquelles se consume l'activité de nos publicistes; les combinaisons les plus habiles seront vaines, si l'on ne commence par refréner l'intempérance administrative, et ce n'est point par des déclarations de principes dénuées de sanction pénale qu'elle sera réglée et contenue. L'essentiel est qu'on se mette à l'œuvre. Vue de près, l'incrimination perdra de sa difficulté. Le caractère du délit à punir peut se déterminer par les principes que nous venons d'établir; le délit est dans la corruption; la corruption dans tout ce qui combat le sentiment de l'intérêt général chez l'électeur; toutes les manières de lui substituer l'intérêt privé ou même local doivent donc entrer dans l'incrimination. Même sans résoudre le problème légal, il est encore bon de constater la nécessité constitutionnelle. Une incrimination difficile n'est pas une incrimination impossible, et aucun esprit juste n'abandonnera un principe, par la seule raison que l'application ne s'en improvise pas. C'est beaucoup d'obtenir qu'on voie le mal, qu'on en sache la cause, qu'on en veuille le remède; c'est un acheminement pour le trouver, et, dans l'état actuel de nos préjugés, on est si loin de chercher le remède, que même tout le monde ne s'accorde pas à reconnaître le mal. Plus d'une impuissante Cassandre le signalera longtemps, avant de se faire écouter; ce qui n'est pas une raison pour se taire.

L'avantage d'une simple formule vaudrait seul la peine qu'on luttât pour la conquérir; dès que la loi pénale appelle le crime par son nom, la conscience faussée se redresse; les uns s'éclairent, les autres hésitent, chacun songe à sa responsabilité, tous apprennent le respect, et cette révolution dans les âmes est un premier hommage à la morale publique. L'agent subalterne n'a plus de zèle pour mal faire; il attend un ordre et l'ordre ou ne vient pas ou se déguise; l'initiative de la corruption est déjà détruite.

Je vois d'ici dans le code pénal plus d'un délit dont la définition et la preuve sont hérissées d'écueils, dont le caractère appartient à la métaphysique du droit, et qui a cependant sa formule, sa peine, son juge. Pourquoi en serait-il autrement dans ce nouveau monde que nous ouvre le système représen-

tatif? Même dans ce monde, avec le secours d'une formule compréhensive, peu de délits réels échapperaient à la conviction de magistrats que n'enchaînent plus les preuves légales.

Quand à la juridiction, il est impossible, nous en convenons, de l'abandonner au droit commun : la nature mixte du délit, qui est à la fois moral et politique, qui blesse également l'ordre constitutionnel et la conscience, les besoins légitimes de l'administration, ses nécessités particulières, tout annonce qu'il y a des précautions à prendre, un choix à faire. Il ne serait pas juste de livrer sans garantie les agents inférieurs aux persécutions des partis; d'un autre côté, comme les agents prendront rarement l'initiative, l'accusation remontera presque toujours à l'administration supérieure, sur laquelle la responsabilité se concentrera dans la même proportion que le pouvoir, et il arrivera que la sanction pénale ne pourra trouver place que dans cette loi sur la responsabilité, devant laquelle on recule depuis si longtemps. N'est-ce pas un avertissement de la Charte et de la raison, qu'à la fin de cette étude la déduction logique des idées nous conduise à la responsabilité des ministres, comme au dernier mot du régime constitutionnel?

CONCLUSION.

LA CHARTE EST-ELLE UNE VÉRITÉ?

La Charte est une vérité,

Si elle déclare tous les droits de l'homme, auxquels elle doit la garantie constitutionnelle;

Si la garantie est organisée de manière à être efficace;

Si la représentation nationale est sincère.

Ces deux dernières conditions rentrent l'une dans l'autre; mais il importe de les envisager séparément, à cause de leur importance respective.

La déclaration des droits est suffisante; son texte comprend même ce qui n'y est point exprimé. Une seule formule est vicieuse, celle de l'article 4, concernant la liberté individuelle; la garantie donnée à ce premier de nos droits est plus légale que constitutionnelle, c'est-à-dire que, dans nos idées, elle est nulle.

Cette critique est la seule qui porte sur le texte même de la Charte; le reste s'adresse à la législation. Mais une mauvaise législation neutralise la meilleure Charte.

C'est ainsi que la loi a faussé la liberté de la presse dans sa partie la plus vive, dans la presse périodique, par l'institution des gérants de journaux. La loi a créé une fiction qui excède son pouvoir et qui blesse la loi morale, en ce qu'elle crée une

responsabilité et des peines qui ne sont pas personnelles. Rien ne déprave autant l'écrivain que la certitude de dérober son nom aux conséquences de ce qu'il publie. La Charte en cela n'est pas une vérité.

Elle ne serait pas une vérité, si le législateur se laissait aller à la tentation d'abuser contre le droit de propriété du prétexte de l'utilité publique.

Elle ne serait pas une vérité, si le pouvoir législatif absorbait le pouvoir constituant. La garantie constitutionnelle serait détruite, et la définition que Robespierre a donnée de la propriété des biens serait juste.

La vérité constitutionnelle souffre des innovations de la loi de 1832 sur la liste civile, en ce qu'elles méconnaissent une des conséquences rigoureuses du changement d'état dans le prince.

La vérité constitutionnelle souffre sur presque tous les points où elle est en contact avec l'administration :

Soit qu'il s'agisse de l'autorisation préalable pour poursuivre les agents du pouvoir; on peut satisfaire au besoin d'autorisation, sans confier ce soin important à la partie intéressée elle-même;

Soit qu'il y ait à juger les différends de l'administration active avec les tiers; il est beaucoup moins difficile d'organiser une juridiction administrative, que de démontrer que la justice n'est pas la justice;

Soit qu'on veuille donner aux ministres le sentiment de leur responsabilité.

La vérité constitutionnelle n'est pas seulement souffrante dans ses rapports avec l'élection et la partie représentative de notre gouvernement; elle est détruite. Partout où il y a un vote politique à émettre, une délibération politique à prendre, dans les colléges électoraux, dans la chambre des députés, la Charte est une contre-vérité; la grande fiction qui nous donne des lois est faussée dans la théorie et dans la pratique; la représentation nationale est le hochet de l'administration. A qui, si ce n'est aux amis de nos institutions représentatives, appartient-il de signaler l'ulcère qui les ronge? Là est le fléau public, contre lequel il faut appeler tout le monde au secours; rendre à l'élec-

tion sa sincérité, et, pour la lui rendre, l'affranchir, c'est le premier des devoirs de nos hommes d'État, c'est la première des gloires pour un roi pacifique et législateur. La réforme électorale, ainsi entendue, est dans l'ordre légal ce que la réforme de l'article 14 de la Charte a été dans l'ordre constitutionnel, un besoin profond de la morale et de la politique. C'est une de ces mesures inévitables dont on a coutume de dire, quand elles se sont accomplies elles-mêmes au sein du désordre, que le gouvernement aurait dû en prendre l'initiative, mais qui, lorsqu'elles ont été régulièrement exécutées, suffisent pour immortaliser un règne.

Terminons par une réflexion consolante. Des vices que nous venons de reconnaître à notre régime, pas un ne lui est essentiel; ils sont tous adventices; ils lui viennent ou d'un accident de nos révolutions, ou d'une fausse conception législative. Non-seulement on peut les en détacher sans déchirement, mais on ne les en détacherait pas sans amélioration! Que ceci vous soit un enseignement, jeunes hommes à qui appartient l'avenir; aimez les lois de votre pays; ce sont encore, à tout prendre, les plus belles que se soit jamais données une nation grande et libre. Vous allez recevoir notre héritage, comme nous avons reçu celui de la constituante; comprenez bien la question de la liberté, au point où nous vous la remettons: tous les fondements ont été posés, et ils ne l'ont pas été par une main humaine; n'y touchez pas, si vous ne voulez faire de nouvelles ruines. Votre tâche est d'achever et de coordonner, de combler des lacunes et d'établir l'harmonie. L'expérience de vos devanciers doit vous sauver des dangers de l'enthousiasme; la vertu qu'ils vous laissent à pratiquer, c'est l'amour calme et vigilant de la liberté, la persévérance du zèle civique. Ne marchez que dans cette voie, mais marchez-y sans vous ralentir, et n'ayez pas de relâche que la vérité constitutionnelle ne soit complète.

FIN.

005685425

Digitized by Google

TABLE DES CHAPITRES.

AVANT-PROPOS. 1

NOTIONS PRÉLIMINAIRES. 9

A quelle classe de constitutions appartient la Charte. Sa nature ; son objet ; de la condition sociale de l'homme moderne ; d'une déclaration des droits de l'homme ; division de l'ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT PUBLIC DES FRANÇAIS. 27

De la nature des droits énoncés sous ce titre ; pourquoi les autres sont mentionnés ailleurs ; de la qualité de citoyen ; de l'effet rétroactif ; de la liberté d'enseignement ; de la liberté du travail ; de la liberté politique.

TITRE PREMIER.

DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI. 36

Ce qu'elle est ; inégalité naturelle, inégalité sociale ; que l'égalité absolue détruit la liberté ; que la liberté absolue blesse l'égalité. Du privilége, à Rome, en Angleterre, dans l'ancien régime, sous le régime constitutionnel ; du prétendu esclavage moderne ; de la distinction des droits civils et politiques ; injustice de quelques écrivains contemporains envers notre organisation sociale.

TITRE II.

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE. 64

§ Ier. — De la garantie de la liberté individuelle, ou du pouvoir auquel appartient le droit d'arrestation. 65

Vice de rédaction de l'article 4 de la Charte. Il ne garantit rien. Historique

Digitized by Google

de la matière; loi des suspects; constitution de l'an VIII; sénatus-consulte de l'an XII; décret sur les prisons d'État. Code pénal et code d'instruction. De l'abrogation tacite des lois sous le régime constitutionnel.

§ II. — Du droit du citoyen dans le cas d'une arrestation illégale. 81

TITRE III.

DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE. 89

Explication du texte; différence de la liberté de conscience à la protection des cultes.

SECTION PREMIÈRE.

DU RAPPORT CONSTITUTIONNEL DES CULTES AVEC L'ÉTAT. DU DROIT COMMUN EN MATIÈRE RELIGIEUSE. 91

L'État n'adopte que la morale universelle; entre les religions positives, il est médiateur et par conséquent neutre. De la distinction des deux puissances temporelle et spirituelle; sa vanité.

SECTION II.

DE LA LIBERTÉ DE PROFESSER SA RELIGION. 102

La liberté de conscience n'est pas un objet de police; il en est autrement des cultes.

SECTION III.

DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CULTES. 107

La protection est ou philosophique seulement, ou philosophique et politique.

§ Ier. — De la loi du 7 vendémiaire an IV. 108

§ II. — Des articles organiques de l'an X sur les cultes catholique et protestant, et du décret du 17 mars 1808 sur le culte israélite. 110

La loi du 7 vendémiaire an IV abolie.

§ III. — Des cultes nouveaux. 112

Ils ne sont pas constitutionnellement interdits; ils peuvent s'établir, mais à la condition de se faire admettre.

§ IV. — De l'article 291 du code pénal dans ses rapports avec les cultes. 115

Différence de l'association religieuse à la célébration d'un culte reconnu; cas où il y a lieu à la protection constitutionnelle ou à l'autorisation administrative.

§ V. — De l'enseignement religieux. 118

§ VI. — Des obligations comprises dans la protection des cultes. 121

Du dogme, de la discipline; si l'officier de l'état civil peut refuser son ministère au prêtre catholique qui veut se marier.

SECTION IV.

DE L'ÉGALITÉ DES CULTES ENTRE EUX. 129

Digitized by Google

TITRE IV.

DE LA LIBERTÉ DE LA PRESSE 132

Nouveauté de ce droit; son caractère; est-il de droit naturel, ou n'est-il qu'une création de la Charte? — Il est limité.

§ Ier. — Des lois prohibitives. 143

Si elles sont légitimes. — Que penser de la censure en temps de guerre?

§ II. — Des lois répressives. 146

Incrimination et juridiction. — *De l'incrimination.* 147

Analyse du délit commis par la voie de la presse; de l'auteur, de l'imprimeur, de l'éditeur. Le délit ne gît-il que dans la publication? — Des gérants de journaux. Ce qu'il faut croire de leur responsabilité; elle est contraire aux principes élémentaires de l'ordre moral et pénal. — De la complicité. Y en a-t-il une spéciale aux délits de la presse?

De la juridiction. 164

Raison pour laquelle le jury est le juge naturel des délits de la presse? — Conseils sur les poursuites judiciaires en cette matière. — Que les règles de ce droit spécial ne dérogent au droit commun que quand la loi le déclare. De l'action civile pour diffamation.

TITRE V.

DE L'INVIOLABILITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ. 170

Classement du droit de propriété.

§ Ier. — De la propriété vraie. 173

Fondement philosophique du droit de propriété. — De la loi du 9 septembre 1835, qui défend d'en attaquer le principe; si cette loi est constitutionnelle. — Le droit de propriété est permanent et individuel. — Que la propriété collective n'est pas inviolable.— De la vente des biens ecclésiastiques. Double vice dans ceux qui en étaient possesseurs : 1° leur droit était collectif; 2° ils étaient inaliénables. Réflexions sur l'arrêt de la cour de cassation qui décide qu'une loi seule peut mettre une chose hors du commerce. — Des personnes naturelles et fictives; des choses naturelles et fictives.—Propriété naturelle; propriété légale.—De l'esclavage des noirs; opinion de M. le duc de Broglie examinée et combattue. — De la propriété littéraire. Son caractère; pourquoi elle est temporaire, quoiqu'elle soit personnelle. — De la propriété industrielle. Arrêt de la cour de cassation du 14 août 1844 examiné. — Des offices; pourquoi ils ne constituent pas une propriété.

§ II. — Des limites du droit de propriété. 202

Il a sa limite dans le droit des tiers et dans l'utilité publique. — De l'utilité publique; du danger de mal poser la limite. — Distinction de l'empire et du domaine, de la souveraineté et de la propriété. — Du domaine éminent; fausseté de cette idée, son influence sur l'ancien droit public, sur la confiscation des biens des juifs par Philippe-Auguste et de ceux des protestants par Louis XIV. — De l'ancien régime relativement à la propriété privée; absence de principe; maximes honnêtes. — De l'expropriation pour utilité publique. Ce qu'elle était autrefois; ce qu'elle est aujourd'hui; supériorité du régime actuel. — Pour qu'il y ait expropriation dans ce sens, il faut que la chose change de maître, et

qu'elle constitue une propriété vraie. — L'imposition d'une charge sur un héritage est-elle une expropriation? Des servitudes négatives; de la défense de bâtir. — Tendance de notre époque à empiéter sur le droit de propriété au nom de l'utilité publique, et à abuser de la loi contre elle; exemple pris dans la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations. Cette loi passe la limite et est coupable d'excès de pouvoir. — Exemple pris dans différentes espèces de monopoles; conditions dans la légitimité d'un monopole; du monopole des postes; du monopole des tabacs. — Qu'une indemnité accordée n'est pas toujours le signe d'une expropriation; on peut l'accorder pour une propriété qui n'est pas vraie; de l'affranchissement des noirs. — Application de ces idées à la vente des biens des émigrés; à quel titre cette vente a-t-elle eu lieu? Était-elle légitime? De la loi du 27 avril 1825 sur l'indemnité des émigrés. — De l'utilité publique relativement aux marais, aux eaux et forêts, aux mines. Légitimité de la législation à cet égard.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA DIVISION DES POUVOIRS. 227

La garantie de la liberté est de l'essence du régime constitutionnel; et la division des pouvoirs a pour objet de la procurer. — De la division des pouvoirs; sa possibilité, son efficacité; en quoi celle d'aujourd'hui diffère de celle de 91. — Elle a pour maxime fondamentale : *Personne ne peut tout*. Explication de ces mots : ne pas pouvoir. — Division de la seconde partie.

TITRE PREMIER.

DES POUVOIRS, DE LEURS FONCTIONS, DE LEURS LIMITES, DE LEURS EXCÈS. 232

Le pouvoir constituant, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir administratif; leur filiation plus sensible et plus réelle en France qu'ailleurs. — De l'excès de pouvoir sous le régime constitutionnel, en remontant et en descendant l'échelle.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR CONSTITUANT. 237

Différence entre la France et l'Angleterre, quant à l'histoire et quant à la doctrine; en Angleterre, la méthode expérimentale; en France, la méthode rationnelle. — Réalité et nécessité du pouvoir constituant en France. Impossibilité d'entendre sans lui le régime constitutionnel. Se prémunir contre une confusion du pouvoir constituant en 1791 et l'an III, avec le pouvoir constituant selon la Charte. — Preuves de cette vérité fondamentale par l'histoire, par le raisonnement; examen des opinions de Portalis et du duc de Broglie. Arguments tirés de l'article 7 de la Charte, de l'article 61, de l'article 5, des articles 68 et 69, de l'article 23, de la loi du 29 décembre 1831. — Réponse à quelques objections. — D'un mode de révision.

CHAPITRE II.

DU POUVOIR LÉGISLATIF. 250

Qu'est-ce que la loi selon la Charte? — Raison de la distinction entre le

Digitized by Google

pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. — Le caractère de la loi est d'être générale. Cas où elle dispose sur des personnes.

SECTION PREMIÈRE.

De l'objet de la loi. 254

Son objet est de garantir; son domaine s'étend à tout ce qui doit être garanti, à nos droits. — Cas douteux; de l'établissement d'une communauté religieuse. — De l'autorisation donnée à une commune de s'imposer. — La loi ne doit dire ni trop, ni trop peu. Exemples pris dans le secret du vote électoral, dans la profession de l'avocat, dans l'établissement de l'université. — Danger d'exagérer le pouvoir de la loi.

SECTION II.

De la loi dans l'ancien régime. 261

Absence de la loi proprement dite dans l'ancien régime; impossibilité d'une règle obligatoire; de la législation du domaine; des lettres closes; de la cassation.

SECTION III.

La loi est certaine. 265

Conséquences de ce principe sous le régime constitutionnel.

§ Ier. — De l'uniformité. 266

§ II. — De l'axiome : *Nul n'est censé ignorer la loi.* 267

§ III. — De l'usage et de la désuétude. 268

Ni l'usage ni la désuétude ne peuvent aujourd'hui ce qu'ils pouvaient autrefois. De la loi du 21 juin 1843 sur la présence du notaire second.

SECTION IV.

La loi est obligatoire. 270

Pour qui et jusqu'à quel point l'est-elle? Changement qu'a apporté à sa nature la révolution de 1830. Nécessité de la renfermer dans l'ordre rationnel. — Ce que le juge voit dans la loi. — Ce qu'y voit l'administrateur.

§ Ier. — De l'empire des circonstances ou de la politique dans l'ordre légal. 272

La politique adversaire de la loi. — Bonaparte au 18 brumaire. — Opinion de M. de Chateaubriand à l'occasion de la septennalité. — Précaution à prendre dans cette étude. — Quelques exemples. — La loi sait pourvoir aux inconvénients de la loi; de la loi des douanes; des crédits supplémentaires. — De l'amnistie; il faut la régler par une loi. — De la guerre civile; invasion d'un prétendant au trône; de la duchesse de Berry.

§ II. — Du crédit public. 281

Le crédit public n'est possible qu'avec une loi obligatoire. De l'ancien droit à ce sujet. De la dette publique; elle ne devient dette de l'État qu'avec notre régime. De la caisse d'amortissement.

CHAPITRE III.

Du pouvoir exécutif. 284

Article 13 de la Charte. Son commentaire. De ce que l'on entend par la prérogative et par les autres attributs du prince. Leur partage, leurs différences, leurs ressemblances.

§ Ier. — Des empiétements du pouvoir exécutif. 288

Ces empiétemrnts ne sont à craindre que du côté du pouvoir exécutif, non du côté du pouvoir judiciaire. — Des décrets impériaux entachés d'usurpation, et de la jurisprudence de la cour de cassation qui les maintient comme obligatoires. Cette jurisprudence peut se justifier, non par la raison de droit, mais par la raison sociale. — Si l'ordonnance peut aujourd'hui modifier le décret usurpateur dans ses détails réglementaires. — Empiétement du pouvoir exécutif par la voie indirecte d'un traité de paix, d'alliance ou de commerce. De l'ordonnance du 17 avril 1825 relative à Saint-Domingue. — Théorie à ce sujet. — Capitulations suisses. — Droit de visite.

§ II. — Des empiétements sur le pouvoir exécutif. 299

Du jugement des procès maritimes. — De la nomination aux emplois d'administration publique. S'il est possible de la régler par une loi sans empiéter sur la prérogative. Des lois du 14 avril 1852 et du 19 mai 1854. — Du droit d'enquête dans les chambres.

§ III. — Des pouvoirs administratif et judiciaire. 305

Manière de les caractériser.

§ IV. — Du pouvoir judiciaire. 308

Sa nature, son origine, son indépendance. — Causes de sa perfection, de son aptitude à procurer la garantie de nos droits, et de la confiance qu'il inspire. — Le juge n'est l'agent de personne — Comment il est vrai de dire que toute justice émane du roi. — De la justice déléguée et de la justice retenue. — Fausseté de la doctrine enseignée par M. Henrion de Pansey et M. Merlin, et reproduite dans un avis du conseil d'État du 17 décembre 1823. — D'un grand juge, ministre de la justice. — Comment le juge est le gardien des limites entre tous les pouvoirs et peut apprécier leurs actes sans empiéter sur eux. — Exception pour le cas où le pouvoir législatif a donné une délégation au pouvoir exécutif; exemple pris dans la législation des douanes. Alors le juge doit provisoirement appliquer l'acte. Arrêts de la cour de cassation du 29 novembre 1840, du 24 mars et du 10 août 1847.

§ V. — Du pouvoir administratif. 324

Distinction du pouvoir administratif en administration active, ou considérée dans ses rapports avec nos intérêts, et en administration contentieuse, ou considérée dans ses rapports avec nos droits.

De l'administration active, ou *de l'administration dans ses rapports avec nos intérêts.* 325

Qu'il est de l'essence de cette administration d'être responsable. En quoi la responsabilité de l'administrateur diffère de celle du juge. — Que la responsabilité décrétée et non organisée est un mal. — La responsabilité de l'agent inférieur doit-elle toujours remonter au ministre? — Les tribunaux doivent-ils être toujours accessibles à qui se plaint d'un administrateur? ou de l'autorisation préalable.

Du contentieux administratif, ou *de l'administration dans ses rapports avec nos droits.* 331

La justice administrative n'est-elle pas identique avec cette justice que la Charte fait émaner du roi? — Examen de la loi du 19 juillet 1845 sur le conseil d'État, et des raisons alléguées pour organiser la justice administrative autrement que la justice ordinaire.

§ VI. — De quelques actes, dont l'origine est administrative ou judiciaire, et qui rentrent dans le pouvoir exécutif. 337

De l'extradition. — Des conflits d'attribution.

TITRE II.

FORMES DU GOUVERNEMENT DU ROI. 340

Autre chose, le pouvoir et ses divisions; autre chose, le gouvernement et ses formes. — La forme du gouvernement est monarchique; vérité sociale dont la loi du 9 septembre 1835 fait un axiome et qu'elle retire de la dispute. — L'alliance de la forme monarchique avec la liberté est un des traits caractéristiques de notre régime.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRINCE. 343

Le prince constitutionnel est une fiction légale qui a besoin d'étude. — Ce prince est absorbé dans l'institution.

§ Ier. — Changement d'état du prince. 345

Ce n'est point dans la loi romaine qu'il faut chercher le principe de ce changement d'état; il était dans l'ancienne monarchie; comment Henri IV le comprit. — Exemples pris dans l'histoire d'Angleterre sous le règne de Henri VII, d'Élisabeth, de Charles Ier, de George III.

§ II. — De l'incapacité d'action, et de la maxime : *Le roi règne et ne gouverne pas.* 348

Qu'est-ce que le gouvernement personnel? — Le prince constitutionnel n'est pas un roi fainéant, et cependant ce n'est pas un roi actif, dans le sens légal du mot. — Le prince a l'influence dans le conseil, non l'action dans le gouvernement. Ce que c'est que le gouvernement. — Pourquoi la signature du roi figure au bas des ordonnances. — Exemples pris dans les deux espèces de gouvernements, en France, sous le règne de Henri IV et le ministère de Sully; en Angleterre, sous le règne de Charles II et le ministère de Danby. — Autre exemple sous Henri IV et Sully en France; et en Angleterre, lors de l'expédition de Walkeren. — Autre exemple sous l'empereur Napoléon. — Du commandement des armées de terre et de mer.

§ III. — De l'infaillibilité du prince. 358

Le prince infaillible en tant qu'inactif. — De la loi du 9 septembre 1835, qui défend de faire remonter au prince la responsabilité des actes du gouvernement.

§ IV. — De l'inviolabilité du prince. 358

Le prince inviolable en tant qu'infaillible et inactif. — Étendue de l'inviolabilité royale. — Le prince n'est pas seulement inviolable, c'est-à-dire exempt de toute juridiction, mais sacré, c'est-à-dire environné de respect. — Le dernier mot ajoute au premier.

§ V. — Le roi ne meurt jamais. 362

Ce qui ne signifie pas seulement que le trône ne vaque jamais, mais que les personnes qui se succèdent sur le trône se continuent l'une l'autre.

§ VI. — Le roi ne peut plaider que par procureur. 363

Sens constitutionnel de cette maxime.

§ VII. — Si le prince peut devoir et posséder en vertu du droit commun. 364

Du domaine privé et de la dévolution des biens. — Examen de la loi du 2 mars 1832 sur la liste civile, et de ses principes sur la dévolution des biens et le domaine privé. — Idées fausses sur l'ancien droit public en cette matière; en quoi il faut s'écarter de ce droit, en quoi s'en rapprocher. — La dévolution des biens ne tenait pas à la féodalité. — Elle n'avait point pour objet de prévenir les démembrements du territoire, et elle n'avait rien de commun avec les réunions de territoire. — Cause véritable de la dévolution des biens sous l'ancien régime. De l'édit de 1590. Du mariage *saint et politique* du prince avec l'État. — Législation de 91. — Solution contre le principe de la loi de 1832; vœu pour un retour à l'ancien droit. Le principe de 1832 n'est que transitoire.

CHAPITRE II.

Des ministres. 371

Les deux parties de l'article 12 de la Charte sont indivisibles, car il y a corrélation entre l'inviolabilité royale et la responsabilité ministérielle; celle-ci ne s'affaiblirait pas sans danger pour l'autre. — Le principe abstrait de l'article 12 ne suffit pas; l'organisation promise par l'article 69 est nécessaire. — L'article 69 a introduit un droit nouveau; il ne permet plus de demander s'il ne faut pas se borner à la responsabilité morale; la loi promise ne peut avoir pour objet que la responsabilité juridique.

§ Ier. — Du titre auquel les ministres s'obligent. 374

Les ministres ne sont pas de simples conseillers; ils ne sont pas les exécuteurs de la volonté du prince. Ils ont leur opinion propre, et s'obligent en leur nom personnel. — Différence des ministres de l'ancien régime à ceux du nouveau. Plaidoyer d'Enguerrand de Marigny comparé à l'arrêt de la cour des pairs du 21 décembre 1830 contre les ministres de Charles X.

§ II. — Des actes compris dans la responsabilité. 379

Tous les actes sont compris dans la responsabilité, sans distinction de ceux qui sont écrits et de ceux qui ne le sont pas, de ceux qui sont signés et de ceux qui ne le sont pas; — non-seulement les actes, mais les faits; — non-seulement les faits, mais les omissions. — Point de ministres non responsables. — De la responsabilité des crédits supplémentaires. — De la responsabilité des actes compris dans la prérogative. — Il n'y a d'exception que pour le commandement des armées de terre et de mer, et pour les actes qui en sont une dépendance nécessaire.

CHAPITRE III.

De la chambre des pairs et de la chambre des députés. 283

Les deux chambres sont législatives et non consultatives. — Elles sont législatives à un titre égal.

SECTION PREMIÈRE.

De la représentation nationale. 385

La représentation nationale a pour base la délégation des pouvoirs ; ses ennemis la nient, parce que la délégation des pouvoirs est illégitime selon les uns, impossible selon les autres.

§ Ier. — De la délégation des pouvoirs. 385

En quoi consiste la délégation des pouvoirs ; — dans quelle société elle est possible.

§ II. — Que le système représentatif exclut les pouvoirs intermédiaires. 386

Pourquoi la doctrine contraire de Montesquieu n'est plus applicable en France. — Réflexion sur la politique de la restauration.

§ III. — D'une fausse doctrine des Anglais. 387

Il n'est pas vrai que chaque citoyen soit censé présent dans les chambres législatives. — C'est pour cela que la promulgation des lois est nécessaire.

§ IV. — Du mandat législatif. 388

Importance de la matière ; danger d'imiter l'Angleterre ; nécessité de nous conduire par des procédés rationnels. — De tout ce qu'implique l'idée du mandat législatif ; pourquoi le roi de Prusse l'a exclue, en ouvrant la diète de 1847. — Le problème du mandat législatif se résout par l'unité d'intérêt ; il n'y a d'unité que dans l'intérêt général ; il n'y en a pas dans l'intérêt privé, ni même dans l'intérêt local. — De la doctrine de l'assemblée constituante. — Idée fausse de l'acte additionnel de 1815 de donner une représentation spéciale au commerce. — Nécessité d'une presse libre pour former l'unité d'intérêt.

§ V. — Suite du précédent. — Du mandat impératif. 393

Le mandat impératif est contraire à l'article 16 de la Charte, contraire à la nature des choses. — Il rend impossible le mandat législatif. — Il peut conduire à l'absurde.

§ VI. — De l'aristocratie et de la démocratie. 395

Abus que l'on fait de ces mots. — Si chacun d'eux caractérisait chacune de nos chambres, l'unité serait impossible. — La nation française n'a rien qui réponde à ces fausses classifications. — Ses intérêts et ses instincts sont monarchiques.

SECTION II.

De la chambre des pairs. 397

Homogénéité des deux chambres, malgré leurs différences. Cela s'explique par l'intérêt général qui reste un, quoique présentant des faces diverses. — Caractère de la pairie. — Son hérédité était une institution libérale que 1830 a eu tort d'abolir. L'esprit prétendu aristocratique de la chambre des pairs ne l'a pas empêchée de rejeter, en 1826, le privilége de primogéniture.

SECTION III.

De la chambre des députés. 399

Raison de sa nature élective. — Danger de ses collisions avec le prince.

Digitized by Google

— Ou le prince lui résiste avec ses ministres, ou il prend ses ministres dans la majorité, en les combattant de son influence; discussion sur cette double hypothèse. — De la dissolution; son sens constitutionnel. — L'élection fait la règle; pour cela il faut qu'elle soit sincère.

§ Ier. — De l'élection. 402

Difficultés de la matière. Le législateur a ici tout à créer; cependant une bonne solution doit être possible, puisque la représentation nationale est une nécessité sociale. — Examen des divers systèmes électoraux. — Le droit électoral dépend d'une présomption légale de capacité. — Du nombre; de la propriété; — de l'intelligence. — Adjonction des capacités. — La capacité de l'électeur ne suffit pas; il lui faut l'indépendance; l'indépendance plus nécessaire encore que la capacité.

§ II. — De l'organisation électorale. 409

De l'élection directe ou indirecte; solution en faveur de la première. — Du cens; de son abaissement; la multiplicité des électeurs est un principe aristocratique. — Des colléges électoraux. Le département est le type de la famille politique. Solution pour la réunion des électeurs au chef-lieu de département. — Mais l'organisation la plus parfaite sera vaine sans l'indépendance de l'électeur.

§ III. — De l'état normal de l'élection. 415

Si l'esprit de la chambre élective est de surveiller, l'élection qui la produit doit être faite dans cet esprit; elle doit être indépendante. — L'élection est active, l'administration passive. — L'influence administrative ne peut être que la dépendance de l'électeur. — Abus des influences. — L'état contraire, où l'administration est active, et l'élection passive, est l'état de corruption.

§ IV. — De l'élection anglaise. 418

L'Angleterre a des partis politiques. — L'administration chez elle est autre que chez nous. — Par quelle raison la vénalité du vote en Angleterre produit de bons résultats politiques. — Des partis; des factions. — De l'aristocratie anglaise. Que le grand nombre des électeurs est dans son intérêt; elle en abuse; mais elle corrige le mal dans le parlement.

§ V. — De l'administration française dans ses rapports avec l'élection. 423

L'administration qui, chez nous, règne sur l'élection, est celle-là même qui dispose de nos intérêts. — Son intervention dans la lutte électorale est-elle légitime? — Il n'y a d'intervention légitime que celle des partis; l'administration n'est pas un parti, mais un pouvoir. — Son tort n'est pas d'agir dans la sphère de l'exécution, mais d'agir sur l'élection; excès de pouvoir.

§ VI. — De l'influence administrative sur l'électeur. 426

Contradiction dans notre système représentatif. L'indépendance est détruite où elle est le plus nécessaire. — Des prétendus devoirs imposés aux agents de l'administration. De leur habileté électorale — L'administration toute-puissante d'une part; extrême faiblesse des colléges électoraux de l'autre. — Esprit de vénalité chez l'électeur. — L'esprit de vénalité plus coupable et plus dommageable chez l'électeur français que chez l'électeur anglais. — Et cependant importation du principe anglais en France.

§ VII. — De l'influence administrative sur le député. 430

De la candidature. — Extinction du sens politique chez l'électeur. — Dettes que contracte le député; elles sont inextinguibles. Il promet le fait de l'administration et se met nécessairement dans sa dépendance. — Genre

de crédit que l'administration lui donne. Situation du député entre l'électeur et le ministre. — De la sollicitation et de son effet sur le caractère. — Différence du véritable patronage à la fonction du député. — Conséquence de la pratique actuelle sur la nomination aux emplois et sur la responsabilité des agents du pouvoir. Le gouvernement change. — Invasion réciproque des députés sur l'administration et de l'administration chez les députés. — Du député fonctionnaire; de son indéfinissable position.

§ VIII. — De l'influence administrative sur les partis. 435

Nous n'avons point de partis; nous n'en aurons pas, tant que durera l'influence administrative sur l'élection. — Du parti et de la coterie. — L'influence administrative irrite et énerve. — Devoir de l'administration dans ce moment de transition.

§ IX. — Contre-coup de l'influence administrative sur le ministère. 438

Le ministère se déprave en dépravant l'électeur. — Déification de la majorité. Dangereuse interversion d'idées. Absence de discussion sérieuse. — Négation de l'opinion publique. — Intempérance administrative dans tous les services. — Réflexion sur le gouvernement représentatif. — Le mal est encore plus imputable aux choses qu'aux personnes.

§ X. — D'une sanction pénale. 441

Quand une sanction pénale est le plus nécessaire. — Son effet sur la morale publique. — Nouveauté du crime qui reste à punir; il n'est point prévu par le code de 1808; il ne pouvait pas l'être. — La difficulté de l'incrimination n'est pas une raison de n'y pas recourir.

CONCLUSION.

La Charte est-elle une vérité? 447

FIN DE LA TABLE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google